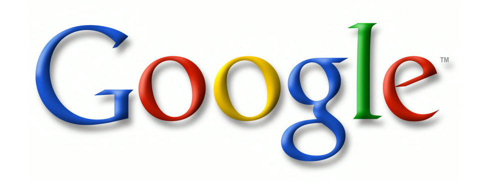
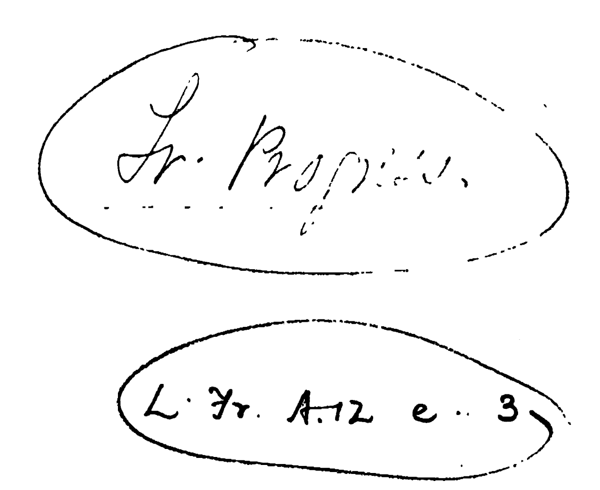





L. Fr. A.12 e. 3





# HISTOIRE

DU

DROIT CIVIL DE ROME

ET

# DU DROIT FRANÇAIS.

I.

## CET OUVRAGE SE TROUVE AUSSI :

| A | CHEZ : |
|---|---|
| PARIS | Warée, place Dauphine. |
| AIX | Aubin.<br>Richaud.<br>Makaire et Deleuil. |
| CAEN | Mancel.<br>Rupalley. |
| DIJON | Lamarche.<br>Decailly. |
| GRENOBLE | Vellot et Ce. |
| LYON | Dorier.<br>Ch. Savy. |
| MARSEILLE | Veuve Camoin. |
| NANTES | Guéraud. |
| POITIERS | Pichot. |
| RENNES | Verdier. |
| STRASBOURG | Lagier.<br>Drach.<br>Treuttel et Wurtz. |
| TOULOUSE | Gimet.<br>Lebon. |
| COLOGNE | L. Kohnen. |
| AMSTERDAM | Van Bakkenes. |
| BRUXELLES | A. Decq.<br>Berthot. |
| GÊNES | A. Beuf. |
| FLORENCE | Ricordi et Jouhaud. |
| MADRID | Monnier. |
| ROTTERDAM | Krammers. |
| TURIN | Bocca. |

PARIS. — IMPRIMERIE DE FAIN ET THUNOT,
Rue Racine, n° 28, près de l'Odéon.

# HISTOIRE

DU

# DROIT CIVIL DE ROME

ET

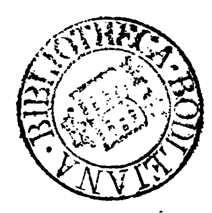
# DU DROIT FRANÇAIS

PAR

**M. F. LAFERRIÈRE,**

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE RENNES.

OUVRAGE DANS LEQUEL SE TROUVE COMPLÉTEMENT REFONDUE LA PARTIE ANCIENNE DE L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS, PAR LE MÊME AUTEUR.




« L'histoire interne du Droit contient la substance » même du droit. (Illa ipsam Jurisprudentiæ sub- » stantiam ingreditur.) »

LEIBNITZ. (*Nova methodus.*)

« La science explique les lois par l'histoire, et la » philosophie travaille à les épurer par la morale, » source première des lois. »

PORTALIS. (*De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique.*)

TOME PREMIER.

PARIS.

JOUBERT, LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION,

RUE DES GRÈS, 14, PRÈS LA FACULTÉ DE DROIT.

1846

# A MONSIEUR DUPIN AINÉ,

## PROCUREUR-GÉNÉRAL A LA COUR DE CASSATION,

## ANCIEN PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE DES DÉPUTÉS.

MONSIEUR LE PROCUREUR-GÉNÉRAL,

*Les Jurisconsultes qui représentent, dans l'histoire du Droit français, aux XVII*[e] *et XVIII*[e] *siècles, la philosophie du droit, la science du droit romain et du droit coutumier*, DOMAT, FURGOLE, POTHIER, *ont trouvé un appui et les conseils d'une haute intelligence dans les magistrats les plus éminents de leur siècle. Faible disciple de cette Ecole nationale qui, à l'exemple des Jurisconsultes romains, alliait profondément la pratique et la théorie, j'ai reçu de vous*, MONSIEUR LE PROCUREUR GÉNÉRAL, *encouragement, appui, et les conseils de la véritable science. Je n'ai point le droit, par mes ouvrages,*

*de rappeler le souvenir des Jurisconsultes si noblement encouragés par les* TALON *et les* DAGUESSEAU ; *mais ma reconnaissance personnelle se rend l'interprète de la conscience publique en rapprochant votre nom de celui de ces illustres protecteurs. C'est à moi de travailler sans cesse, par mon culte envers l'histoire du Droit, à faire oublier mon infériorité. En ce moment, je suis heureux, du moins, de rappeler un patronage qui honore la Magistrature française, et de produire le témoignage public de ma gratitude, en vous dédiant le fruit des travaux que vous avez soutenus de votre suffrage et éclairés de vos conseils.*

Veuillez agréer,

MONSIEUR LE PROCUREUR-GÉNÉRAL,

Mes profonds sentiments de respect et de reconnaissance.

F. J. Laferrière.

Rennes, le 11 mai 1845.

# AVANT-PROPOS.

En 1836, j'ai publié un volume sous le titre d'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS. Ce titre dépassait la portée de l'ouvrage et l'intention de son auteur, qui, de loin, avait indiqué un titre plus modeste et plus convenable au sujet : *Essai philosophique sur l'Histoire du Droit français*[1]. Ce volume conduisait le mouvement historique jusqu'à la révolution de 1789. C'était mon début d'auteur. J'attendais avec anxiété l'expression de l'opinion publique. Le premier jugement publié sur mon livre fut celui de KLIMRATH, dont la fin prématurée a été si douloureusement sentie. Les idées germaniques du jeune et savant docteur en droit de Strasbourg s'insurgèrent vivement contre les traditions romaines. Le jugement fut rigoureux; l'auteur du compte-rendu, inséré dans la Revue de Législation, en convenait lui-même : « Une grande dissidence d'opinions, disait-il, nous a dicté *une critique sévère.* » — La plume me tomba des mains quand je lus, dans ce premier article, qu'on me reprochait « de présenter » l'histoire du droit français sous un jour *contraire à la vérité*

1 Les mots d'*essai* reparaissent plusieurs fois dans le corps de l'ouvrage et dans les notes.

» *historique*, et de m'égarer dans mes recherches. » — L'Allemagne elle-même frappa moins fort sur mon essai ; le savant M. Mittermaier, en souscrivant aux principales critiques de Klimrath, qui touchaient à l'influence du droit germanique, versait le baume de l'éloge sur la blessure faite par la main d'un disciple; et récemment encore, M. Warnchœnig a même atteint la dernière limite de la générosité, dans la préface du Recueil qui rassemble si heureusement les divers fragments des travaux de Klimrath.

Des appréciations et des jugements, qui ne m'étaient point transmis par les organes de la presse, me soutinrent contre l'atteinte que j'avais reçue. Je me permettrai de citer ici deux noms parmi les magistrats et les professeurs en droit qui encouragèrent mes efforts : — celui de M. le procureur général Dupin, qui, par une lettre chaleureuse, me donna l'élan, décida ma vocation nouvelle, et qui, dans une audience solennelle de la Cour de cassation, signala honorablement à la première magistrature du royaume l'œuvre d'un auteur inconnu; — celui de M. Boncenne, qui m'écrivait le 30 mars 1836 : « ..... Personne ne donnera à votre livre une approbation plus franche et mieux sentie. »

Je compris d'où venaient la sévérité de la presse périodique, l'indulgence de la magistrature et du barreau[2]. Le blâme

2 La presse du Midi m'a donné des conseils et des encouragements que je ne puis oublier. Le journal de Toulouse a publié deux articles approfondis, dus à un magistrat qui a pris rang, depuis, parmi les membres distingués de la Faculté de Toulouse (M. Victor Molinier).

s'adressait surtout à l'omission des origines et des doctrines germaniques : l'indulgence s'appliquait à la méthode qui associait l'histoire à la doctrine, et qui cherchait, même dans un livre historique, l'alliance de la pratique et de la théorie. Mais je ne me dissimulais pas le caractère incomplet de mon travail. J'avais voulu faire, au milieu des occupations du Barreau, un Essai d'Histoire, à une époque où nulle production moderne n'avait embrassé l'ensemble de l'Histoire du Droit français[3]. Je n'avais eu ni l'intention, ni la possibilité de porter sur toutes les divisions du sujet un travail approfondi. Mon livre était comme une esquisse qui, sur quelques parties, se dessinait en traits saillants, et qui se perdait sur d'autres en traces incomplètes. Cet essai fut, en définitive, favorablement accueilli; et je résolus de poursuivre mon travail, mais en donnant à l'Epoque moderne des proportions plus étendues.

J'aurais pu, en 1838, publier une seconde édition de mon Essai sur l'Histoire de l'ancien Droit; je me contentai d'en donner au public un second tirage avec quelques corrections, dont je ne fis même aucune mention. J'indiquai cet Essai comme un TOME PREMIER, et je publiai, en 1838, sous le titre de TOME DEUXIÈME, l'Histoire du Droit pendant la Révolution et jusqu'à la Codification consulaire. Les deux volumes, associés ainsi l'un à l'autre, ont, par l'enchaî-

3 Le savant mémoire de M. Pardessus, sur l'origine du Droit coutumier, fut publié en 1834; mais il s'arrêtait au XIII[e] siècle.

nement des époques historiques, formé un corps d'ouvrage; mais il est facile de voir que la dernière composition diffère de la précédente par le plan et la mise en œuvre. Le livre sur l'Epoque révolutionnaire ne se borne pas à présenter une esquisse; il offre les résultats d'une étude attentive à pénétrer dans les diverses parties de cette immense Réforme, qui avait renversé ou ébranlé toutes les institutions et remué toutes les idées. Aussi, malgré certaines taches qui disparaîtront, ce second volume n'a pas soulevé les mêmes critiques que le premier Essai; et l'écrivain qui a recueilli avec tant de succès l'héritage de Klimrath, M. Ed. Laboulaye, disait, dans son Introduction à l'Histoire du Droit de propriété : « C'est un livre indispensable à qui veut connaître l'esprit des Lois révolutionnaires. »

Aujourd'hui, et après dix ans d'études spéciales, je viens offrir un nouveau tribut à l'Histoire du Droit.

Je n'ai point entrepris de faire une seconde édition de mon Livre de 1836. C'eût été me condamner à suivre un plan utile, peut-être, pour appeler l'attention sur une branche négligée de la science du droit, mais trop resserré pour une publication postérieure aux grands travaux qui ont enrichi, dans ces dernières années, le domaine de l'histoire juridique. J'ai donc résolu de recommencer mon travail, et d'écrire un livre qui pût porter le titre d'Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français, comme si mon premier essai,

sur le Droit antérieur à 1789, n'existait pas, ou s'il n'était pour moi qu'un travail préparatoire. Dans les deux volumes que je publie d'abord sur l'Epoque romaine et sur les Epoques celtique et gallo-romaine, il n'y a pas une seule page de l'essai primitif qui soit complètement reproduite. J'ai tâché d'embrasser mon sujet d'une manière plus large, et de l'appuyer sur de solides fondements. On pourra s'étonner du grand nombre de notes qui accompagnent mon œuvre; mais je ne chercherai pas à m'en excuser. Ce sont des textes que j'ai recueillis ou discutés, et qui servent de base nécessaire à toute production lentement préparée sur l'Histoire du Droit; genre de composition où l'intelligence de l'auteur ne peut prendre l'essor, qu'à la condition de ne jamais perdre de vue le texte des lois et l'autorité des doctrines.

J'ai expliqué, dans l'Introduction, mon plan général, mes vues sur l'Histoire du Droit et sur la place qui lui doit être assignée dans le domaine de la science. Par cet Avant-Propos, j'ai voulu seulement indiquer comment j'étais entré dans la carrière historique, et pourquoi j'y reparaissais. — Si j'offre aux amis du droit, de l'histoire et de la philosophie, non une seconde édition de l'Essai d'un jeune homme, mais un ouvrage nouveau, dû aux méditations d'un âge plus sévère et plus librement consacré aux travaux d'érudition, ce n'est pas pour renier un passé, que la reconnaissance me rendra toujours présent, mais pour tâcher de payer un plus digne tribut à la science que je cultive et à l'enseignement du droit.

# INTRODUCTION.

NÉCESSITÉ DE L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN ET DE L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS, POUR L'INTELLIGENCE ET L'APPLICATION DU DROIT CIVIL MODERNE. PLAN, MÉTHODE ET BUT GÉNÉRAL DE L'OUVRAGE.

> L'histoire interne du droit contient la substance même du droit. — ILLA IPSAM JURISPRUDENTIÆ SUBSTANTIAM INGREDITUR.
> (LEIBNITZ, *Nova Methodus.*)

Le science du droit est la science sociale par excellence, la science antique et toujours nouvelle. Au milieu des inquiétudes morales qui travaillent aujourd'hui la société, elle présente un corps de doctrine qui unit le présent au passé, et nous garantit l'avenir. Sans être immobile, au milieu des

changements de la société, elle est stable; sans être un accident passager de la vie et de l'histoire des nations, elle s'unit aux grandes révolutions; et se transforme avec les destinées de la société. — Elle est stable, parce qu'elle a des principes fondés sur la nature des choses. — Elle se transforme avec les révolutions sociales, parce que celles-ci tiennent à la nature de l'humanité, qui est perfectible, mais qui rétrograde quelquefois et s'arrête dans de longues réactions.

Le DROIT, considéré dans son développement historique et scientifique, est l'association laborieuse et progressive de la liberté humaine et de la vie sociale avec la justice et la raison.

Dans toutes les sociétés il y a des mœurs, des lois, des institutions; qui pourrait le nier? — Mais toutes les sociétés ne portent pas en elles le DROIT, qui représente à la fois la science et la législation, le mouvement des faits et le progrès des idées.

Le droit, conforme à cette notion, ne peut se développer où l'homme n'est rien, où sa nature,

domptée par une puissance supérieure, s'enchaîne à l'immobilité des Castes, s'anéantit devant les hauteurs infinies et mystérieuses de la Théocratie. Aussi le droit n'a pas d'histoire dans l'Inde, dans l'Asie, dans l'Egypte. Des usages, des institutions et des lois ont existé, depuis un grand nombre de siècles, sur cette terre d'Orient, qui se laisse arracher, même de nos jours, des témoignages si imposants de son antique civilisation ; mais on n'a pas encore trouvé, dans les traditions, ces différences d'âges, cette succession d'époques qui marquent, pour les peuples comme pour les individus, tous les développements de la vie. Les Lois Mosaïques elles-mêmes, qui forment un si admirable monument, ne peuvent être opposées comme une exception à cette vue générale sur l'Orient : l'empreinte divine dont elles furent marquées était pour elles le sceau de l'immutabilité. — Non que l'Orient ne puisse un jour offrir à l'histoire du droit, en général, une grande et magnifique Epoque ! — Si le rayon divin, qui entourait le berceau des peuples primitifs, pouvait sortir des ombres qui le retiennent loin de nous et se répandre sur l'histoire, il éclai-

rerait vivement des origines que nous subissons comme des nécessités historiques, et au-delà desquelles nous sentons qu'il doit y avoir une clarté qui manque à l'intelligence des faits. L'homme ne peut voir pleinement la vérité que dans les causes premières; et l'Orient, inconnu dans son âge primitif, est pour nous une cause première qui reste dans l'obscurité. Le berceau du monde grec et romain, du monde celtique et germanique, est oriental; les flots qui l'ont déposé sur les rivages de l'Occident ont laissé quelques traces indicatives de leur passage; mais la lumière qui l'entourait est comme remontée vers sa source. Si elle pouvait redescendre encore et se projeter sur les origines, comme elle commence à se répandre sur les formes antiques et la filiation du langage, elle changerait peut-être les voies de la science historique; elle nous ferait assister au spectacle d'une imposante harmonie; elle nous rapprocherait sans doute de l'unité, qui est le point de départ, et qui sera le dernier terme du genre humain.

Mais jusqu'à cette manifestation des choses obscu-

res, l'histoire du Droit français est obligée de se détourner des régions inconnues, et de chercher la lumière où elle brille *.

C'est sous le ciel de la Grèce que l'homme et les sociétés de l'OCCIDENT font leurs premiers pas à la clarté du jour. Là, nous voyons les CITÉS naître, grandir, vivre, mourir; là, nous trouvons les quatre âges de l'homme et des peuples; là, nous trouvons des lois ou des institutions qui réfléchissent le mouvement de l'homme et de la société. Dans la Grèce, l'homme est une puissance libre et personnelle qui s'appartient, qui a des droits. Les hommes réunis, dans cette jeunesse de la Cité grecque, paraissent même comme enivrés de leur ré-

* M. LEDRU-ROLLIN, dans son Introduction au Journal du Palais, qui a suscité une vive polémique, a entendu quelques expressions de ma préface de 1836 dans un sens absolu, qui va au-delà de ma véritable pensée. J'ai n'ai point voulu dire que le droit de l'Orient n'offrirait pas une époque digne d'être étudiée; je disais (p. IV) en parlant de l'histoire du droit: « La Grèce et Rome ont pour antécédents, dans l'histoire, l'Inde et l'Orient; » et dans mon compte-rendu des ORIGINES DE M. MICHELET (1837, Revue de Législation), j'ai cherché à préciser, avec la riche Introduction de l'auteur, le caractère du droit oriental. La récente publication de M. ORIANNE sur le DROIT HINDOU est un document très-utile [1844], et l'on doit désirer que l'auteur, conseiller à la Cour royale de Pondichéry, continue ses intéressantes communications; il facilitera beaucoup le tableau du DROIT ORIENTAL.

cente émancipation. Chaque République, chaque ville du Péloponèse veut avoir sa vie politique, sa constitution propre ; et les lois civiles suivent l'esprit politique de la cité. La diversité est partout, en apparence, dans la famille, la propriété, les successions ; mais les systèmes opposés ont cependant leur type supérieur dans les lois de Lycurgue et de Solon, qui les résument et leur impriment une sorte d'unité. — Les lois de la Grèce ont leur naissance, leurs progrès, leurs révolutions : elles ont donc une histoire possible ; la savante Allemagne l'a prouvé de nos jours avec éclat.* Mais, chose bien remarquable ! en Grèce, il y a des poètes, des orateurs, des philosophes, des utopistes, des législateurs ; il n'y a pas de JURISCONSULTES !

C'est à Rome que naît la science du droit ; c'est à Rome que se fait l'intime alliance d'une pratique austère et d'une sévère théorie ; là se produisent et se soutiennent les grands législateurs, les grands magistrats et les grands jurisconsultes.

* Voir le Mémoire plein d'intérêt et d'érudition que M. GIRAUD a lu à l'Académie des sciences morales sur le droit de succession chez les Athéniens. (Revue de législation, XVI -97.)

L'histoire spéciale des lois de la Grèce, si intéressante dans ses aspects divers et la soudaineté de ses révolutions, serait cependant pour nous, en la considérant dans ses rapports avec le droit qui fait le fond de notre société moderne, une étude à peu près stérile. — Au contraire, l'histoire du droit romain est une nécessité que nous ne pouvons écarter, et une source inépuisable, soit pour la science du droit en général, soit pour l'intelligence de l'histoire et de la théorie du droit français. Le Droit civil de notre ancienne et nouvelle Monarchie est fils du droit romain et des coutumes nationales : nous avons donc, même avant d'étudier et de suivre les transformations de nos coutumes, un grand intérêt à connaître le principe fondamental et le développement du droit romain.

A la vérité, le Droit français du xix<sup>e</sup> siècle paraît avoir une vie à lui ; il s'est concentré dans un Code ; il s'est mis en harmonie avec les conséquences de la révolution sociale de 1789. Puisant ses principes dans l'ordre rationnel et dans l'état de la société actuelle, il semble, au premier coup-d'œil, n'avoir pas besoin d'être mis en regard du passé.

C'est encore là l'opinion d'esprits et d'écrivains distingués ; c'est le prétexte aussi d'une pratique inintelligente. Mais l'erreur serait fatale à la théorie de notre Code, à la philosophie, à la pratique éclairée du droit ; et cette erreur a été condamnée d'avance par les rédacteurs de nos Lois.

Le jurisconsulte-philosophe qui a si puissamment concouru au projet et à la rédaction définitive de notre Législation civile, PORTALIS a dit, avec toute l'autorité de son expérience : « La science du droit fournit tous les matériaux à la Législation. La Législation choisit dans la science tout ce qui peut intéresser directement la société. Ce ne sera pas connaître nos Codes que de les étudier seulement en eux-mêmes. IL FAUT, POUR COMPRENDRE LE DROIT FRANÇAIS, REMONTER AU DROIT ROMAIN. Le Législateur français a rassemblé un certain nombre de principes, leur a donné force de loi ; mais c'est dans le DROIT ROMAIN que se trouve le développement de ces principes, et que la loi est reconnue l'OEUVRE ET LE PRODUIT DE LA RAISON. »

Ainsi Portalis, après avoir parlé comme législateur, voulait, comme jurisconsulte, remettre la génération nouvelle dans les véritables voies de la science.

Le Droit, il faut le reconnaître sous l'inspiration de Portalis lui-même, ne peut grandir de nos jours que par les moyens et la puissance qui l'ont fait si grand autrefois en France, et principalement au XVI^e siècle. Le génie de CUJAS, inspiré par les jurisconsultes romains et une connaissance approfondie de l'antiquité, avait renouvelé le droit par l'histoire. C'est le mouvement interrompu de cette glorieuse École, qui a été repris et heureusement continué par l'Allemagne contemporaine. G. Hugo et Savigny, malgré la distance des siècles, sont des disciples de Cujas et de Doneau. La France, renfermée d'abord, par sa récente Codification, dans les nécessités de l'exégèse, n'a retrouvé l'ardeur de ses élans vers la science qu'en remontant aux sources vives du Droit, à l'étude des textes déjà connus ou nouvellement découverts. — La publication du manuscrit de Gaius a constitué pour nous une ère

nouvelle. Ce livre a ranimé une foi qui était près de s'éteindre. Il a dissipé les ténèbres dans lesquelles combattaient quelquefois encore les jurisconsultes du XVIe siècle. Notre âge ne peut prétendre, sans doute, à reproduire les immortels travaux du siècle de la Jurisprudence; mais il peut aspirer, du moins, à marquer, à suivre la filiation des idées, avec les précieux débris de l'antiquité romaine, et à conquérir sur plusieurs points une théorie plus précise et plus complète. C'est à l'histoire du Droit à favoriser ce résultat, et à mettre en lumière les principes de justice, de raison, de spiritualisme social, qui se sont développés avec les lois romaines.

« La plupart des auteurs qui censurent le Droit » romain avec autant d'amertume que de légèreté » (disaient les rédacteurs du Code dans le Dis- » cours préliminaire) blasphèment ce qu'ils ignorent. » On en sera bientôt convaincu si, dans les Collec- » tions qui nous ont transmis ce droit, on sait dis- » tinguer les lois qui ont mérité d'être appelées la » RAISON ÉCRITE, d'avec celles qui tenaient à des in- » stitutions particulières, étrangères à notre situation

» et à nos usages. » — La distinction faite par Tronchet et Portalis est le trait de lumière jeté sur l'étude du droit romain. Les institutions particulières des Romains, formes périssables d'une société qui est loin de nous, resteront comme ensevelies dans l'histoire; mais les principes généraux et la philosophie même du droit romain seront toujours l'objet de la science, et l'une des bases de la société civile. — « Jeunes gens (disait, en 1820, le savant Mer-
» lin) Jeunes gens, qui voulez parcourir la carrière
» de la Jurisprudence, étudiez, étudiez sans relâche
» les Lois Romaines, et familiarisez-vous avec leur
» langage, qui a souvent un caractère tout particu-
» lier : sans cela, vous ne serez jamais que des
» Praticiens, toujours exposés à prendre les erreurs les
» plus graves pour les vérités les plus constantes*. »

Nous prenons donc Rome pour point de départ. — Toutefois, nous n'avons pas l'intention de présenter l'histoire externe du droit romain, à laquelle

* MERLIN, Questions de Droit, v° héritier, § III, 3e édit. (1820), p. 340, note 1.

ont été consacrés, de nos jours, des travaux approfondis, et notamment en Allemagne ceux de Ch. Haubold, en France ceux de MM. Berriat-Saint-Prix et Giraud, sur les collections de Droit et les institutions romaines. Leurs recherches et leurs tableaux se soutiennent, se complètent réciproquement : dans son ensemble, l'œuvre paraît accomplie. — On ne peut en dire autant de l'histoire interne du droit romain, de cette œuvre magnifique pour laquelle il faudrait le génie d'un jurisconsulte qui planerait sur le droit et ses développements à travers les siècles, comme le génie de Bossuet sur l'histoire universelle et le Christianisme, comme le génie de Montesquieu sur les révolutions du Droit politique. — L'histoire de G. Hugo n'est qu'une savante ébauche où viennent se réunir de patientes recherches, des aperçus profonds, mais où manque le souffle divin du génie qui crée et vivifie. — Savigny, dans la tranquille majesté de sa gloire historique, a entrevu la théorie épurée des Lois romaines; mais il a conçu son Traité du droit romain en vue de l'Allemagne, qui suit le droit romain comme législation positive, au lieu de

l'écrire pour l'Europe ou pour la France, la patrie de ses pères. Il était digne de réaliser la pensée de Leibnitz, qui disait, à vingt ans, dans sa *Nova Methodus* : « L'histoire interne du droit contient la substance même du droit. » Mais, pour cette grande création, ce n'était pas trop peut-être de la vie et du génie tout entier de celui qui fut, dans le Traité de la possession, l'émule de Doneau, cet autre réfugié français de l'école de Bourges, qui n'eut pas, dans les troubles religieux du XVI^e^ siècle, la prudente réserve de Cujas.

Les travaux exécutés en France sur les Institutes, par l'Ecole contemporaine, sont d'un puissant secours. Il y aurait injustice à ne pas reconnaître les services successivement rendus, de nos jours, à la science du droit romain par MM. Dupin aîné, Blondeau et Ducaurroi; — par MM. Giraud, Pellat, Ortolan, Etienne et Bonjean. M. Troplong a jeté aussi un vi intérêt sur une époque de l'histoire, en recherchant l'influence du christianisme sur le droit privé des Romains. Nous voudrions pouvoir dire qu'il suffit, en ce moment, de résumer l'œuvre d'un grand histo-

rien du Droit, pour arriver aux origines de notre Droit national; mais, nous le confessons à regret, cet historien, ce Montesquieu du droit civil nous manque. Heureusement, du moins, nous avons pour nous guider le flambeau de Gaius, qui, placé entre la Loi des XII Tables et le droit des Jurisconsultes, nous montre le lien des deux époques, et jette sur elles une égale lumière.

Dans l'histoire du droit, l'époque de la République romaine, depuis les premiers temps jusqu'à l'avènement d'Auguste, est représentée par LE DROIT CIVIL DE ROME; l'époque de l'Empire est représentée par LE DROIT ROMAIN proprement dit.

Le Droit civil, sous la République, comprend deux périodes : la Loi des XII Tables, le Droit prétorien.

Le Droit romain, sous l'Empire, en comprend deux aussi : le droit romain de l'École Stoïcienne, à partir du jurisconsulte Labéon, sous Auguste; le droit romain sous l'Influence Chrétienne, à partir de l'empereur Constantin.

Mais nous ne pouvons suivre ici l'ordre rigoureux de ces diverses phases. Nous ne faisons pas isolément l'histoire générale du Droit romain; et en exposant le droit de la République et de l'Empire, nous ne devons pas perdre de vue notre but principal, qui est l'histoire du Droit français.

L'Époque romaine pure, dégagée de tout autre élément, comprend, dans notre livre, les deux premières périodes seulement, ou le Droit des XII Tables et le Droit prétorien. Nous avons cherché à concentrer, dans cette ère de la République, l'esprit des lois et des mœurs romaines, de manière à nous bien assurer des principes qui se répandront sur le monde, et se modifieront, sous l'influence successive du Stoïcisme et du Christianisme. Déjà même, avant de clôre cette époque, nous aurons reconnu le principe qui servira de base à la grande École des Jurisconsultes : Cicéron aura puisé dans le sein du stoïcisme et produit dans ses beaux traités, à l'expiration de la République, la philosophie du Droit.

Au terme de cet Age, que nous qualifions spécialement d'Époque romaine, nous sortons de Rome et

du monde soumis à ses lois ; nous entrons dans les Gaules ; nous y suivons Jules César. Sur cette terre féconde, où s'est agité le monde Celtique, nous rechercherons avec Jules César lui-même, en complétant les données juridiques et les observations de ses Commentaires par les Coutumes galloises et bretonnes qui ont vécu du même esprit, nous rechercherons l'esprit général des lois et des mœurs galliques. En plaçant ainsi l'Époque celtique entre l'Époque romaine et l'Époque gallo-romaine, nous obtenons le grand avantage de ne pas intervertir, dans l'histoire du Droit, l'ordre chronologique, et de représenter avec vérité l'ensemble des institutions qui auront à subir, plus tard, l'action incessante de la civilisation romaine. — La conquête de César met en présence Rome antique et la Gaule barbare. Rome, pour la première fois, entre en communication directe avec les peuples de l'intérieur des Gaules ; et la Gaule Chevelue, dernière conquête vraiment incorporée au territoire romain, subira l'influence du Droit civil de Rome, même avant qu'il se soit modifié sous l'action des jurisconsultes stoïciens et des empereurs chrétiens.

Le tableau du Droit celtique se plaçait donc naturellement entre le Droit civil de la République et le Droit romain de l'Empire. Les recherches des Origines gauloises, qui n'ont pas été jusqu'à présent curieusement explorées au point de vue du Droit, devenaient, dans notre Histoire, l'un des préliminaires indispensables; car les vaincus n'ont pas entièrement dépouillé leurs coutumes primitives devant les lois du peuple vainqueur : et si l'assimilation a été facile et puissante sur un grand nombre de points, il y a eu constante résistance, au moins sur un point capital. Il était nécessaire de chercher, de saisir l'entière raison de l'assimilation et de la résistance, dans le parallèle des mœurs ou des institutions de la Cité romaine et de la Gaule barbare.

Quand ce rapprochement est fait, et que l'esprit du lecteur peut entrevoir déjà les conséquences qui seront données par la force des choses, alors doit apparaître le droit romain de l'Empire; alors la philosophie du droit, considérée au point de vue de la doctrine stoïcienne et de l'idée chrétienne, doit prendre sa place dans l'histoire, et marquer pour nous la

troisième Époque, qui s'étend jusqu'au VI[e] siècle, jusqu'à l'établissement des peuples Germaniques sur le sol gallo-romain. — Le Droit romain de l'Empire, non avec l'immensité de ses détails, mais avec la grandeur de ses principes, visiblement unis à ceux du Chistianisme, devait logiquement après le Droit civil de Rome, après le Droit celtique, se placer à à l'entrée de notre histoire, et ouvrir l'Époque gallo-romaine. C'est en effet le droit romain de l'école des jurisconsultes qui a développpé les germes déposés dans les mœurs galliques, et c'est surtout l'alliance du droit romain et du christianisme qui a fait le caractère distinctif, le fonds inépuisable de la civilisation des GAULES et de la FRANCE.

Au surplus, nous le déclarons ouvertement, l'alliance du droit romain et du christianisme, soit dans la nature intime de leur principe, soit dans leur action sur la société, c'est là une pensée fondamentale dans notre livre; c'est le principe d'unité qui en soutient toutes les parties, et le point de vue, nouveau peut-être dans l'histoire du droit, auquel nous nous sommes principalement attaché, sans jamais y sacrifier la vérité

des faits. Après les travaux accomplis jusqu'à ce jour, il nous a paru qu'il restait encore à manifester par l'histoire le rapport essentiel et philosophique du droit romain avec le christianisme, agissant d'abord l'un et l'autre dans des sphères séparées, et s'associant ensuite dans le monde moderne comme éléments civilisateurs.

Cependant, et nous nous empressons de le reconnaître, le droit romain et le christianisme ne contiennent pas toute l'histoire de l'ancien Droit français, toute la substance de notre Droit moderne. La division de la France en *pays coutumiers* et *pays de droit écrit* est un fait continué par la Jurisprudence parlementaire, mais bien plus ancien que nos Parlements; car nous en retrouverons la racine jusque dans nos origines gallicanes. Malgré ses nombreuses diversités, le Droit coutumier avait, à sa base, des principes uniformes, un entre autres, qui avait une grande valeur morale, l'esprit de famille. L'École coutumière, en France, a été illustrée par les noms d'éminents jurisconsultes; elle se sentit même assez forte, au milieu du XVII[e] siècle, pour déclarer, contre la maxi-

me jusqu'alors reçue, que la Coutume de Paris, et non le Droit romain, était le DROIT COMMUN DE LA FRANCE *. Il faut donc nécessairement tenir grand compte et faire une étude approfondie des Coutumes nationales.

Les Coutumes, dont le développement s'épanouissait avec un légitime orgueil après l'âge des Dumoulin, des Guy-Coquille, des Loyseau et des d'Argentré, s'étaient lentement formées sous l'influence de races et de conquêtes, de mœurs et d'institutions, de lois et de civilisations diverses; elles avaient subi sur plusieurs points de complètes transformations. Pour faire l'histoire de l'ancien Droit français, il faut par conséquent suivre les Coutumes dans ce long travail des siècles.

DROIT GALLIQUE, recueilli principalement dans les Commentaires de Jules César, le Code de Howeldda, les très-anciennes coutumes de Bretagne;

DROIT GALLO-ROMAIN, depuis l'Edit provincial jusques et y compris le Code d'Alaric;

* BRODEAU, Comm. sur la Cout. de Paris, *in principio*. — DE LAURIÈRE, Établissements de Saint-Louis (Ordonnances, t. I. aux notes).

DROIT GERMANIQUE, implanté sur le sol conquis, et dont M. PARDESSUS a profondément suivi et mis à découvert les racines, dans ses dissertations sur la LOI SALIQUE;

DROIT MIXTE des Époques Mérovingienne et Carlovingienne, où viennent se réunir les antiques Conciles des Gaules, les Formules de Marculfe, les Chartes mérovingiennes, les Décrets des rois de la première race, les Capitulaires de la race de Charlemagne;

DROIT CANONIQUE, principalement au moyen-âge, et RENAISSANCE DU DROIT ROMAIN aux XII^e^ et XIII^e^ siècles;

DROIT FÉODAL, dont le Livre des Fiefs, les Assises de Jérusalem retrouvées et renouvelées de nos jours, les Coutumes dc Beaumanoir et les Établissements de Saint-Louis, réfléchissent, sous différents aspects, l'image primitive et les grandes modifications;

DROIT COUTUMIER, considéré d'un point de vue général, par rapport à la topographie de la France, à la diversité des races qui ont occupé le territoire, aux caractères distincts et permanents des principales Provinces; et considéré d'un point de vue plus spécial,

par rapport aux sources originales et traditionnelles, telles que les Cartulaires, le Polyptique d'Irminon auquel se rattache aujourd'hui un si beau monument d'érudition *, les Chartes d'affranchissements des serfs et villages, les Chartes des communes, les Statuts des villes méridionales, les Monuments de la Renaissance romaine et du Droit ecclésiastique, les OLIM, les Vieux Coutumiers des XIIIe, XIVe et XVe siècles, la Rédaction officielle et la Réformation du XVIe :

Telles sont les couches successives, telle est la géologie morale, par l'étude desquelles nous devrons arriver à LA THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT COUTUMIER, en marquant les grandes diversités qui distinguent les pays de Coutumes et les pays de Droit écrit.

Nous étudierons ensuite l'action de la Royauté sur le droit civil par les ORDONNANCES, et l'action bien supérieure des Jurisconsultes français dans nos écoles scientifiques du Droit Romain et du Droit coutumier.

* POLYPTIQUE DE L'ABBÉ IRMINON, avec Prolégomènes, Commentaire et Éclaircissements, par M. B. GUÉRARD, de l'Institut (1836—1844).

Et dans cette vaste exposition des âges et des monuments, des coutumes et des révolutions sociales ou juridiques, nous ne perdrons point de vue l'intervention, tantôt manifeste, tantôt cachée, mais continue, mais toujours active, du droit romain et du christianisme, représentée par les Évêques et les Papes, par les Légistes et les Rois. Nous suivrons le droit romain et le catholicisme dans leurs luttes laborieuses avec les autres éléments de la société, pour les conquérir et les assimiler à leur principe civilisateur. — Fidèle ainsi à l'objet principal de notre Livre, nous tâcherons de saisir et de suivre dans sa marche, ses interruptions, ses alliances et ses transformations, la pensée civilisatrice qui, des Conciles de la Gaule et des Capitulaires de Charlemagne, qui de l'école d'Irnerius et de Pierre De Fontaines, des Établissements de saint Louis et du Livre de Beaumanoir, a conduit nos lois civiles, à travers les âges de la Féodalité et de la Monarchie française, jusqu'à la Révolution de 1789.

Là un monde nouveau nous apparaît.

Dans l'œuvre divine de la création, lorsque le

chaos n'est plus, la lumiere est faite : dans la révolution française, œuvre de Dieu et de l'homme, la lumière a précédé le désordre. — La lumière de 89, c'est celle du Droit et du Christianisme; puis vient le chaos de 93, de l'an II, et s'étendent ces ténèbres visibles où toute une société se précipite sur ses institutions religieuses, politiques et civiles; sur Dieu, la Cité, la Famille!.... Puis encore la clarté reparaît avec le pouvoir organisateur du Consulat; et le divin rayon, qui vivifie la société sauvée, c'est toujours la lumière du Catholicisme et la lumière du Droit!

L'histoire du droit, pendant la révolution, doit donc, d'abord, recueillir et manifester les grands principes qui étaient dans la science des jurisconsultes, des philosophes chrétiens, et dans la conscience nationale, mais auxquels les faits de l'ancienne société opposaient obstacle et faisaient violence. — Elle doit représenter ensuite l'oubli, la négation, la corruption de ces principes, ou l'irruption du matérialisme dans la société religieuse, politique et civile. L'histoire du droit s'anime nécessairement du ca-

ractère dramatique de ces deux périodes de la révolution; elle réfléchit les idées et les crimes, les faits et les discours qui renversent l'ancienne société ou qui ébranlent la nouvelle; elle reproduit les principes, les institutions, les essais qui se jettent dans le moule révolutionnaire, au nom des théories sociales ou religieuses. Pour ne pas être historien infidèle, nous avons dû conserver, à cette Époque complexe, son caractère mixte, tantôt politique ou religieux, tantôt administratif ou civil. — Et cette époque de l'histoire est d'une haute importance pour la moralité nationale et pour le droit français. Elle apprend à faire la séparation du bien et du mal; et, dans la diversité de ses périodes, elle porte et prépare l'Époque nouvelle où le gouvernement français, sous les auspices du Premier Consul, voudra fonder LA LIBERTÉ CIVILE *, RECONSTITUER LA FAMILLE **, réaliser les bons principes, répudier les mauvais, et accomplir enfin la promesse faite à la France, par la Révolution de 89, D'UN CODE DE LOIS CIVILES COMMUNES A TOUT LE ROYAUME ***. »

* Paroles de Bonaparte dans sa proclamation après le 9 brumaire.
** Paroles de Portalis dans le discours préliminaire du projet de Code.
*** Constitution de 1791, tit. 1er, dispositions fondamentales.

Sur le lien indissoluble du droit moderne avec le droit romain, nous avons textuellement reproduit, plus haut, la pensée de Portalis et des auteurs du Code civil. — Nous allons aussi rappeler leurs vues sur les Coutumes, les Ordonnances des Rois, les Décrets des Assemblées nationales dans leur rapport avec le Code du XIX^e siècle. Tronchet et Portalis, en rendant compte de leurs idées et de leur méthode, avaient, pour ainsi dire, tracé d'avance le plan général de l'histoire du Droit civil français.

« Dans le nombre de nos Coutumes, disaient-ils, » il en est sans doute qui portent l'empreinte de no- » tre première barbarie ; mais il en est aussi qui » font honneur à la sagesse de nos pères, qui ont » formé le caractère national, et qui sont dignes des » meilleurs temps. Nous n'avons renoncé qu'à celles » dont l'esprit a disparu devant un autre esprit...

» En examinant les dernières Ordonnances royales, » nous en avons conservé tout ce qui tient à l'ordre » essentiel des sociétés, au maintien de la décence » publique, à la sûreté des patrimoines, à la prospé- » rité générale.

» Nous avons respecté, dans les Lois publiées par » nos Assemblées nationales sur les matières civiles, » toutes celles qui sont liées aux grands changements » opérés dans l'ordre politique, et qui par elles-mê- » mes nous ont paru évidemment préférables à des » institutions usées et défectueuses. Il faut chan- » ger, quand la plus funeste de toutes les innova- » tions serait, pour ainsi dire, de ne pas innover... » L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles » ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse » leur garantir le droit de devenir anciennes.

» Nous avons fait, s'il est permis de parler ainsi, » UNE TRANSACTION entre le Droit écrit et les Cou- » tumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de » concilier leurs dispositions, ou de les modifier les » unes par les autres, sans rompre l'UNITÉ DU SYSTÈME, » et sans choquer l'ESPRIT GÉNÉRAL. »

Ainsi, les fondateurs du Code moderne nous ont expliqué la pensée d'histoire et de philosophie du droit qui a présidé à leurs travaux. Ils veulent que leur système de législation repose sur l'UNITÉ, et, pour en former l'esprit général, ils impriment à nos

Lois civiles trois caractères qui résument l'expérience de tous les temps :

1° Caractère de TRADITION romaine et coutumière;

2° Caractère de TRANSACTION entre les pays de Droit écrit et de Coutumes;

3° Caractère d'ORIGINALITÉ, né de l'esprit et des innovations légitimes de la Révolution française.

L'unité de législation est leur principe philosophique, la diversité d'éléments est le résultat historique qui s'impose à leurs travaux.

Comme législateurs, ils le disent eux-mêmes, « ils » ont observé avec soin les rapports naturels qui » lient toujours, plus ou moins, le présent au passé » et l'avenir au présent. »

L'histoire du Droit est donc, de leur aveu, la compagne nécessaire d'une Législation qui a jeté ses racines ou dans les profondeurs du passé le plus antique, ou dans les champs du passé qui nous touche, et que sillonnait, tout récemment encore, le soc des révolutions.

Depuis le Consulat jusqu'à la chûte de l'ancienne Dynastie, en 1830, bien des changements de gouver-

nement se sont succédé; mais la révolution sociale était faite, et les secousses politiques n'ont pas pénétré bien avant dans nos Lois civiles.

L'Empire et la Restauration tentèrent de renouveler des institutions vieillies qui tenaient au système politique renversé par le principe de 89. L'Empire, puissance militaire, avait établi des Majorats, avait même rétrogradé jusqu'aux inféodations transmissibles de mâle en mâle, et réversibles en cas d'extinction de la race masculine*. La Restauration avait maintenu les majorats dans l'intérêt politique de la Pairie constitutionnelle, et voulu replacer l'inégalité des partages dans le droit privé des successions. — La chûte de l'Empire entraîna les fiefs militaires de 1810; — le souffle de 89 emporta les propositions de 1825 contre l'égalité des partages; — la révolution de 1830 anéantit les majorats, en respectant les droits acquis.

Une grave innovation en faveur des Étrangers, sur le droit de succéder et de tester en France, s'est seule introduite dans nos lois civiles; et c'est un

* Senatus-consulte du 30 janvier 1810, sur le *domaine extraordinaire*.

Décret de l'Assemblée constituante qui, repoussé d'abord par le Consulat en guerre avec l'Europe, réclama sa place dans le Code de la France, en 1819, au moment où la France, délivrée de la présence et des armes de l'étranger, pouvait accueillir avec sympathie un principe de 89, et reconnaître librement l'autorité morale de son origine.

Nous observerons, dans l'histoire du Droit jusqu'à nos jours, ces divers efforts de la société politique contre la société civile; mais, surtout, nous aurons à suivre l'histoire de la science depuis la Codification, et à caractériser le mouvement de l'École contemporaine dans les sphères parallèles du Droit romain et du Droit français.

L'histoire du Droit, telle que nous la concevons, n'est pas seulement une œuvre d'érudition ; elle doit être en même temps une œuvre de science, et il n'y a pas de science sans théorie, sans résultats. Il faut, sans doute, que les esprits curieux des traditions nationales en retrouvent l'origine, les progrès, les transformations dans l'histoire du Droit; mais il faut aussi que le Jurisconsulte, dans les différentes pha-

ses de sa carrière, puisse s'aider et s'éclairer des travaux de l'historien.

Pour l'homme de la science juridique, le DROIT, élevé à toute sa hauteur, présente trois points de vue distincts et non opposés : l'histoire, la philosophie du droit, la législation. — L'HISTOIRE contient les faits, leur enchaînement progressif et le long enfantement de l'IDÉE. — La PHILOSOPHIE DU DROIT détermine les principes immuables, pris dans la nature des choses, et les rapports moralement nécessaires de l'homme et de la société. — La LÉGISLATION, à une époque de civilisation avancée, choisit avec discernement dans l'héritage du passé, formule en Loi positive l'idée qui est sortie victorieuse des faits, ou sanctionne les principes proclamés par la philosophie du droit. — C'est sur les résultats combinés qui viennent de ces différentes causes plus ou moins anciennes, plus ou moins accessibles, que la science du Jurisconsulte, véritable science alors DES CHOSES DIVINES ET HUMAINES, fonde la théorie ou la dogmatique du Droit.

Ces divers résultats, dépourvus des preuves de

leur origine ou de leur filiation, dépourvus de la lumière historique, manqueraient d'une condition nécessaire à leur pleine intelligence. — L'étude approfondie du droit réclame donc impérieusement l'histoire; et l'histoire du droit, en s'appuyant sur l'érudition, doit principalement être faite en vue de la science des jurisconsultes.

Tel est le but que nous avons eu devant les yeux; telle est l'alliance que nous avons voulu cimenter entre le droit, l'histoire et la philosophie.

Ce but si élevé, si difficile, il avait apparu, un jour, au milieu des méditations sur l'ESPRIT DES LOIS, à l'homme qui seul par son génie était capable de l'atteindre. Malheureusement, il était trop tard ! Montesquieu, après vingt ans de travaux, arrivait à la fin du XXVIII^e livre SUR L'ORIGINE ET LES RÉVOLUTIONS DES LOIS CIVILES CHEZ LES FRANÇAIS : « Il aurait fallu, dit-il, que je m'étendisse davantage » à la fin de ce livre, et qu'entrant dans de plus » grands détails, j'eusse suivi tous les changements » insensibles qui, depuis l'ouverture des Appels, ont » formé le grand corps de notre Jurisprudence fran-

» çaise; mais j'aurais mis un GRAND OUVRAGE DANS
» UN GRAND OUVRAGE. »

Voilà une pensée bien propre sans doute à exciter l'ardeur, à féconder le génie de l'historien du droit, qui pourrait redire avec Montesquieu : « Et moi aussi » je suis peintre ! »

Mais elle est de nature à jeter la terreur dans l'âme de l'écrivain qui ne trouve pas en lui ce secret témoignage. Mon premier travail arrivait à son terme, lorsque le passage décourageant de l'Esprit des Lois a vivement attiré mon attention. C'est là mon excuse.

Frappé plutôt de ce rapprochement, qui me condamne à l'exécution imprévue d'une pensée de Montesquieu, je me serais arrêté soudain, et n'aurais jamais entrepris d'écrire l'Histoire du Droit français.

Peut-être cette histoire sera-t-elle encore à faire..... Ce n'est pas à nous qu'il appartient d'en juger. Nous aurons, du moins, le mérite d'avoir repris ouvertement les traditions de l'École historique du droit français, glorieusement fondée, au XVI^e siècle, par les Pithou, les Bignon, les Brisson, les Dumou-

lin, enrichie, aux XVII$^{e}$ et XVIII$^{e}$ siècles, des savants travaux de tant d'auteurs coutumiers, curieux investigateurs de nos origines, et principalement illustrée par Caseneuve, Lathaumassière, Hévin, Bouhier, de Laurière et Montesquieu. — EUSÈBE DE LAURIÈRE et MONTESQUIEU, voilà surtout les deux noms qui dominent l'École française, l'un par la science des origines, l'autre par le génie. — Le génie n'a pas d'héritiers; mais la science lègue à la postérité des travaux interrompus qui demandent à être repris et continués.

Il y a dix ans à peine, l'École germanique, dont j'admire la vaste érudition, mais dont je ne partage pas toutes les tendances, manaçait d'envahir le domaine de nos traditions, d'obscurcir nos origines, et de troubler le cours de la science juridique en France, en nous séparant des traditions, des théories romaines et de l'esprit vital de nos institutions. Je n'ai pas hésité, jeune encore et tout-à-fait inconnu dans les lettres, à reprendre le mouvement, à reproduire la pensée de l'école française, de l'école nationale. — Un homme jeune aussi, enlevé

trop jeune aux travaux historiques, Klimrath, dans son enthousiasme germanique, a qualifié mon livre de *chaleureux plaidoyer en faveur du Droit romain*; il m'a représenté comme l'*homme du Midi*, qui se levait encore, au XIX^e siècle, pour crier anathème contre l'*homme du Nord*. — Il n'y avait, de ma part, ni plaidoyer, ni anathème; mais le sentiment du droit protestait contre l'usurpation du germanisme contemporain, qui, prétendant renouveler nos origines, et se substituer à notre passé, oubliait que pendant trois siècles une École de Jurisconsultes français avait interrogé sur tous les points les sources et les transformations de notre droit, au nord et au midi de la France.

Toutefois, et j'en ferai facilement l'aveu, emporté par ce besoin de résistance, j'ai exprimé dans ma première publication, sur l'histoire du Droit, des propositions trop exclusives. J'ai même écarté entièrement de mon esquisse, et avec intention, le Droit Barbare : c'est une lacune qu'on m'a justement reprochée; mais tout en avouant mes torts, je pourrais à mon tour reprocher à la critique de n'avoir pas fait attention à la grande influence, à l'influence

même excessive que j'attribuais à l'élément germanique sur notre Droit coutumier, puisque je regardais l'élément germanique comme ayant produit en France la féodalité, et que je regardais la féodalité comme une des principales sources de nos coutumes.

Ces débats de 1836 seraient aujourd'hui sans intérêt; la réaction est faite contre l'invasion absolue des idées germaniques. Grâces à des études plus sévères, à la découverte de précieux monuments, à l'influence des travaux accomplis, en plusieurs directions, durant les dix dernières années, on a reconnu dans les lettres, dans l'histoire, dans les usages, les institutions et les lois, la profondeur de la couche romaine. Augustin Thierry, écrivant ses Considérations sur l'histoire de France, a constaté ce grand résultat en des termes qu'on doit reproduire pour ne pas en affaiblir l'autorité : « En résumé (dit l'admirable his-
» torien), le nouveau caractère, le cachet d'originalité
» que la théorie de l'histoire de France a reçu des
» études contemporaines, consiste pour elle, à être une
» comme l'est maintenant la nation, à ne plus con-
» tenir deux systèmes se niant l'un l'autre, et répon-

» dant à deux traditions de nature et d'origine impo-
» sées, la tradition romaine et la tradition germanique.
» La plus large part a été donnée à la tradition ro-
» maine; elle lui appartient désormais, et un retour
» en sens contraire est impossible. » — Le progrès et l'activité des recherches historiques, le zèle du Gouvernement français pour les grandes publications, le concours des Académies, et les généreux efforts de plusieurs hommes sans titre académique, ont ouvert des sources nouvelles ou ranimé des sources presque taries. L'histoire du Droit français peut puiser librement aux sources nationales; elle peut, sans danger désormais, faire aussi la part aux origines étrangères. Le moment est donc venu de dépouiller l'armure du combat, et de rendre à l'histoire du Droit son vrai caractère, l'IMPARTIALITÉ.

---

Nous avons fait connaître notre plan général; en quelques mots, nous indiquerons notre méthode.

Elle a pour objet de mettre en évidence le Droit public et le Droit privé. Toutefois, le droit public

ne reçoit pas dans cet ouvrage les mêmes développements que le droit civil proprement dit. « Le droit privé, selon l'expression du chancelier Bacon, est placé sous la tutelle du droit public : JUS PRIVATUM SUB TUTELA JURIS PUBLICI LATET. » On ne peut séparer, par conséquent, l'histoire du droit privé des révolutions du droit public. Mais notre but principal est le Droit civil, dans le sens restreint attaché à ce dernier mot depuis Domat; et le Droit public sera représenté par nous dans ses principes et ses résultats, plutôt que dans l'ensemble de ses origines et de ses institutions. — Deux branches importantes, le Droit commercial et le Droit criminel, sont à peu près absentes de nos recherches. Elles ont leur caractère propre et doivent avoir leur histoire spéciale comme elles ont leur monographie. — Le Droit criminel a trouvé de nos jours son historien; et la collection des Lois maritimes de M. Pardessus a posé une base large et profonde pour l'histoire du Droit commercial.

Trois idées principales dominent la matière que nous traitons.

Il fallait marquer, PREMIÈREMENT, les faits extérieurs, les causes politiques, morales, religieuses, qui caractérisent les grandes Époques de l'histoire du droit ;

SECONDEMENT, faire connaître les monuments des lois, des coutumes, des jurisconsultes influents de chaque période ;

TROISIÈMEMENT, déterminer pour chaque Époque les résultats acquis à l'histoire, à la théorie du droit.

Ainsi,

Faits extérieurs et causes de l'ordre politique ou moral ;

Monuments du droit et de la doctrine ;

Résultats :

Telle est la loi apparente ou cachée, mais invariable, de notre méthode.

Les RÉSULTATS auxquels concourent toutes les parties de ce livre ont été distribués, pour les grandes périodes de l'histoire du droit, depuis les XII Tables et le droit Prétorien jusqu'au Code civil et au Droit du XIX[e] siècle, sous les dénominations et dans l'ordre suivant :

I. La Cité, sous le point de vue politique et privé, et, par conséquent, les institutions de droit public et la division des personnes;

II. La Famille, considérée dans sa constitution personnelle, et dans sa constitution réelle ou relative aux transmissions de biens;

III. La Propriété, les moyens d'acquérir;

IV. Les Obligations;

V. Les Institutions et Actions judiciaires;

VI. La Culture et l'Enseignement du Droit;

VII. La Philosophie du Droit.

Cette classification, avec la liberté de mouvement que doit se réserver l'écrivain, embrasse toutes les sphères du droit public et privé, et permet, par l'étendue des idées qui se rattachent à la constitution de la Cité, de lier aux révolutions de l'ordre civil, quand l'histoire le réclame, les révolutions de l'ordre social, politique ou religieux.

FIN DE L'INTRODUCTION.

# HISTOIRE

DU

# DROIT CIVIL DE ROME

ET

# DU DROIT FRANÇAIS.

## LIVRE PREMIER.

### ÉPOQUE ROMAINE,

OU

### DROIT CIVIL DE ROME.

#### DIVISION GÉNÉRALE DE L'ÉPOQUE ROMAINE.

L'histoire politique de Rome se divise en deux grandes parties : la **République** et l'**Empire**.

L'histoire générale du Droit romain se divise aussi en deux grandes parties : le Droit sous la République, ou le **Droit civil de Rome** ; le Droit sous les Empereurs, ou le **Droit Romain** proprement dit.

Le Droit civil de Rome comprend deux périodes : la Loi des XII Tables, le Droit Prétorien.

Le Droit, sous l'Empire, comprend également deux pé-

riodes notables : le Droit romain de l'Ecole stoïcienne, à partir de Labéon, sous Auguste; le Droit romain, sous l'influence chrétienne, à partir de Constantin.

Ainsi,

Droit des XII Tables;

Droit Prétorien (avec ses annexes, savoir, plébiscites, lois spéciales, droit non écrit, droit provincial);

Droit romain, de l'Ecole stoïcienne;

Droit romain, sous l'influence chrétienne;

Tels sont les objets et les quatre grandes périodes que renferme l'ÉPOQUE ROMAINE.

Notre but n'est pas de présenter ici une histoire complète du Droit Romain. Mais nous voulons déterminer les caractères de chaque période, en nous attachant plus spécialement aux deux premières. Nous voulons suivre le mouvement qui part de l'unité romaine, marquer le progrès qui s'accomplit dans les faits et les idées, et reconnaître cette philosophie du Droit romain et du Christianisme, qui, après avoir contribué à la civilisation du monde, conservera toujours une légitime influence sur les législations modernes.

Le Droit civil de Rome se divise théoriquement en droit public et droit privé.

L'histoire des institutions politiques, jusqu'aux temps de la confusion et des déchirements causés par les guerres civiles du VII[e] siècle, est pour nous une préparation nécessaire à l'histoire du Droit privé sous la République.

Ce sera l'objet de notre premier chapitre. Trop d'ombre resterait sur la suite de nos idées, sans cet exposé ou ce résumé préliminaire des institutions et des faits de l'ordre politique.

# CHAPITRE I[er].

## TABLEAU DES INSTITUTIONS DE L'ORDRE POLITIQUE, JUSQU'A L'ÉPOQUE DES GUERRES CIVILES.

---

## SECTION I[re].

### DEPUIS LA FONDATION DE ROME JUSQUES AU IV[e] SIÈCLE [305].

I. — L'antique Italie renfermait dans son sein une multitude de peuples et de races. Les uns, indigènes, habitaient les plaines et les montagnes; les autres, d'origine étrangère, occupaient les bords de la Méditerranée et de l'Adriatique, et formaient des colonies grecques, des cités pélasgiques, indépendantes des peuples qui les avaient envoyées. La race pélasgique, dispersée après le siége de Troie, était originaire de l'Orient; elle était sortie de l'Indostan[1]. Les rapports découverts de nos jours, par la philologie, entre les mots primordiaux du Sanscrit, dont les Pélasges étaient les propagateurs, et les mots primitifs du grec et du latin, prouvent tout à la fois l'origine de leur race voyageuse et la réalité de

1 Les anciennes traditions représentaient les Pélasges comme une race persécutée par les puissances célestes, et livrée à des maux infinis. (*Denys d'Halic.*, liv. I. ch. 17.)

Ceux qui regardent les Pélasges du centre de l'Italie comme originaires de l'Orient, les font arriver de la Thessalie; Strabon (liv. V) dit indifféremment Pélasges ou Thessaliens. (*Niebuhr*, I. 42-43.)

leurs établissements. Cette race persécutée avait fondé Tyr, et y avait déposé les caractères de l'écriture. Elle s'était reposée sur les côtes de la Grèce, et l'écriture grecque fut identique à l'écriture phénicienne. Elle avait pénétré dans l'Etrurie[2], et les caractères étrusques reproduisirent les signes de l'écriture grecque. La langue latine, plus encore que les autres, a puisé ses racines dans la langue sanscrite, dont les monuments reconnus remontent à 1500 ans avant l'ère chrétienne, et par conséquent, à 700 ans avant la fondation de Rome. Ce rapport d'identité, que la science des orientalistes vient de révéler avec éclat[3], atteste une antique fraternité

2 Une foule de témoignages atteste que sur la côte d'Étrurie il y avait des Pélasges. Il y a unanimité aussi pour représenter *Cœré* comme ayant été, sous le nom d'*Agylla*, une ville des Pélasges; depuis, elle fut une ville étrusque, la ville de Cœré, où les vestales portèrent les choses saintes à l'approche des Gaulois.

L'Énéide a contribué surtout à établir l'opinion de l'identité des *Grecs* et des *Pélasges*.—Niebuhr, qui démontre l'erreur de cette opinion, n'admet pas cependant la tradition qui regarde les Pélasges comme des peuples errants. A ses yeux, les Pélasges composaient des nations assises sur leur territoire, puissantes et glorieuses, habitant depuis le Pô et l'Arno jusqu'au Bosphore, à une époque qui précède l'histoire des Hellènes (t. 1. p. 75); et cependant il rapporte d'abord (p. 41), sans la combattre, l'ancienne tradition qui représente la race pélasgique comme errante et persécutée.—M. Michelet suit les traces de Niebuhr; mais il reconnaît le caractère de *colonisation* qui appartient aux industrieux Pélasges, et leurs courses aventureuses. « L'origine de Rome était pélasgique, dit-il; après la ruine de Troie, Énée avait apporté dans le Latium les *pénates* et le feu de Vesta. Rome honorait l'île de Samothrace comme sa mère. » (*Rép. rom.*, 1. 21.) M. Giraud admet le rapport de l'Étrurie avec l'Orient. (*Recherches sur le droit de propriété*, t. 1. p. 106.)

3 Voir les tableaux de M. Eichoff, et un tableau fort restreint dressé par M. Burnouf et reproduit par M. Michelet, t. 1, aux notes.

des peuples de l'Italie avec les peuples émigrés des Indes-Orientales; et d'antiques traditions, que nous aurons à signaler plus tard, indiquaient aussi les rapports de plusieurs peuples établis en Italie, des OMBRIENS, par exemple, avec les nations de race celtique.

La race romaine s'est formée de plusieurs éléments combinés :

1° Les Latins, habitants du vieux Latium, appelés *Ramnenses*, qui, de Ramnès ou Romulus, leur chef, donnèrent le nom de Rome à la ville fondée sur le mont Palatin;

2° Les Sabins, appelés *Titienses*, de Tatius, roi des Sabins, lesquels habitaient le mont Quirinal;

3° Les Etrusques, appelés aussi *Lucerenses*, du nom de leur principale magistrature, selon Cicéron [4];

4° Les fugitifs des diverses parties de l'Italie, les pâtres, les débiteurs, les esclaves, qui avaient cherché un refuge dans la ville nouvelle, où Romulus avait consacré un lieu au *droit d'asyle* [5].

La race latine et sabine est représentée, dans l'histoire, par le patriciat guerrier; la race étrusque par le patriciat sacerdotal [6]. De leur association est sortie la classe primitive des patriciens.

4 Luceres, Lucerences..., de nomine Lucumonis. *Rep.*, II. 8. 20.
Selon Niebuhr (1. 419), cette dénomination vient d'un nom de lieu, *Lucer*, sur le mont Cœlius, où furent postérieurement établis les Albains.

Il faut se rappeler, quand on lit les Origines dans Niebuhr, que l'imagination, avec ses créations hardies, vient souvent chez lui en aide à l'érudition.

5 Tit. Liv., lib. I. cap. 8. Denys d'Halic., liv. II. ch. 6.

6 « Les pontifes, tant qu'on les prit dans les grandes familles pa-

Les réfugiés, qui ont profité de l'asyle ouvert par Romulus, sont placés sous la protection, sous le *patronage* des patriciens, et deviennent leurs *clients*. Leur classe inférieure, grossie d'émigrations nouvelles et des peuples vaincus que Rome, dans les premiers temps, incorporait à la cité [7], forme la classe nombreuse des plébéiens. — Là se trouve à sa source la grande division des patriciens et des plébéiens, des patrons et des clients. Il ne serait pas exact d'en conclure que tous les plébéiens, cependant, furent confondus dans la classe des clients. Plusieurs familles plébéiennes, d'origine latine, sabine ou étrusque, gardèrent sans doute leur position indépendante, quoique inférieure; et c'est autour d'elles que se rangèrent les plébéiens dans les luttes qui éclatèrent par la suite.

II. — A cette origine de Rome, à cette distinction des races primitives, au partage de l'*ager romanus* en trois parties, se rapporte la première division du peuple en trois TRIBUS, celles des *Ramnenses*, des *Titienses*, des *Luceres*,

» triciennes (c'est-à-dire jusqu'à l'an 453, où les plébéiens furent ad» mis au pontificat), étaient sans doute le plus souvent, en qualité de » chefs de la religion, originaires de l'Étrurie, comme peut-être Numa » lui-même, comme les institutions pieuses qu'il avait apportées à » Rome.

» On trouve le caractère étrusque dans un grand nombre des anti» ques récits (sur les premiers temps de Rome). Tullus Hostilius, » Servius, les Tarquins, sont Étrusques. Tite-Live, quoiqu'il n'indi» que pas ses sources, puise évidemment dans les Annales des ponti» fes, à la fois étrusques et pontificales, tout ce qui répand sur sa nar» ration un air vénérable d'antiquité religieuse, de tradition sainte. » (*Mémoire sur les Annales des Pontifes, par M. V. Leclerc, de l'Institut*, p. 37.)

7 Tit. Liv., lib. I. cap. 10 et 11.

dont Varron, Cicéron et Tite-Live nous ont transmis le souvenir [8]. Les réfugiés furent d'abord incorporés dans les trois tribus et attachés par les liens de la clientelle aux familles patriciennes.

Chaque tribu eut son augure. Les trois tribus furent divisées en trente curies, lesquelles avaient chacune leur quartier dans Rome, leur temple, leurs sacrifices, leur prêtre ou curion (*magister curiæ.*)

Le sénat romain, composé d'abord de cent sénateurs, le fut de deux cents, après la réunion des Sabins de Tatius ; de trois cents, sous le règne de Tarquin-l'Ancien, qui choisit, au rapport de Tite-Live, cent sénateurs nouveaux parmi les principaux plébéiens [9]. Les sénateurs s'appelaient *patres*, et leurs descendants *patricii*. Les sénateurs étaient les fondateurs ou les soutiens de leur race patricienne, *gentis patriciæ*. Mais les descendants des premiers sénateurs s'appelaient *patricii majorum gentium*, et les descendants des cent sénateurs créés par Tarquin s'appelaient *patricii minorum gentium*. Les patriciens *majorum gentium* avaient le privilége de donner à Rome les vestales, les augures, les féciaux, les colléges des prêtres, le grand-pontife et ses quatre collègues, chargés d'écrire les annales de la Cité ; privilége qui maintint long-temps la

8 Varro, de Ling. lat., lib. IV. 9. Cicer., de Republ., lib. II. n. 8 et 20. Tit. Liv., lib. X. 6 : Quum inter augures constet imparem numerum debere esse, ut tres antiquæ tribus, Ramnes, Titienses, Luceres, suum quæque augurem habeant.

9 Tite-Live (I. cap. 35).

Il est difficile de concilier ce choix avec l'élection de dix sénateurs par chacune des trente curies, selon l'opinion de Niebuhr.

distinction primitive [10]. Le patriciat était héréditaire. — Les plébéiens qui furent, dans la suite, appelés au sénat devenaient nobles et non patriciens [11].

Dans les premiers temps, les patriciens avaient-ils seuls la GENS? — C'est une question controversée. Les *gentiles* sont placés, dans les fragments de la Loi des XII Tables, immédiatement après les agnats; et nulle distinction entre les droits, soit des agnats, soit des gentils, n'existait par rapport aux familles patriciennes et plébéiennes. La loi suppose des gentils comme elle admet des agnats tant dans les unes que dans les autres. C'est *l'ingénuité* (comme on le verra dans notre chapitre sur la famille romaine), et non l'origine patricienne, qui était la condition essentielle de la gens. La définition des *gentiles*, donnée par

10 Cic., de Divinat., lib. II.

Jusqu'à l'an 453, il n'y eut que quatre pontifes et le pontife *Maximus*. Par la loi Ogulnia, on ajouta quatre nouveaux pontifes, pour partager le pontificat avec les plébéiens. — Les Grandes Annales, *Maximi Annales*, *Annales publici*, *pontificum Commentarii*, étaient ainsi appelées du grand-pontife, qui en était le rédacteur officiel. Elles paraissent avoir été rédigées régulièrement à partir de l'an 350; mais elles existaient auparavant, ainsi qu'il résulte de plusieurs documents.(*Tit.-Liv.*, 4. 3. *fait de l'an* 310.) Les faits et la tradition enregistrés par le grand-pontife remontaient à la fondation de Rome : Polybe les cite pour la date de la fondation. L'usage de leur exposition publique cessa vers l'an 623 de la République. (*Mémoire sur les Annales*, *par M. V. Leclerc*, p. 101-110.)

11 Cic., de Rep., lib. II. n° 20.

Aulu-Gell., x. 20.

Niebuhr, 1. 421.

Ce sont les sénateurs nommés après l'expulsion des rois, sous le consulat de J. Brutus, qui furent appelés *conscripti*, d'où vint la dénomination générale de *patres conscripti*.

Cicéron, en est la complète démonstration[12]. Mais les *gentes* patriciennes étaient les plus nombreuses et les plus influentes. La gentilité formait un lien politique, religieux et civil, entre tous les hommes sortis d'une même origine[13]. — Chaque gens avait ses sacrifices en commun (*sacra gentilitia*), ses tombeaux; et vers la fin de la République, Cicéron disait encore, en parlant de lui et de son frère, et en montrant les bords du Fibrène : « Nous sommes nés *sur ces bords* d'une souche très-antique; là sont pour nous les sacrifices, la race et les nombreux vestiges de nos ancêtres : Hinc orti stirpe antiquissima sumus; hic sacra, hic GENUS, hic majorum multa vestigia[14]. »

III. — Les trente curies des premiers âges se composaient, selon Niebuhr, d'un certain nombre de *gentes* ou familles politiques. Les votes des curies auraient eu lieu, dans ce système, non par citoyen, mais par chef de famille politique. L'opinion de Niebuhr est contraire aux faits et à l'opinion consignés dans Tite-Live : elle peut donc

12 Cic., Top. 6. Gentiles qui inter se eodem nomine sunt, qui *ab ingenuis oriundi* sunt.....

13 Varro, de Ling. lat., VII. 2. Ab Æmilio homines orti Æmilii ac *gentiles*.

14. Cic., de Rep., I. 6. — De Legibus, II. 1. *Genus* est employé souvent pour *gens*. — Niebuhr considère la *gens* comme la famille politique; et la *gens* pour lui est exclusivement patricienne. Son système a été combattu par M. Ortolan (*Inst. comment.* III. 49, *et Revue de législation*, t. 2. p. 263), qui en a montré le côté vulnérable. M. Ortolan propose un système nouveau qui réduit le droit de gentilité à la famille affranchissante dans ses rapports avec la famille affranchie. Nous traiterons ce sujet dans le chapitre sur la famille romaine.

rester seulement comme un objet de controverse[15]. Mais ce qui est au dessus de toute contradiction, c'est l'influence prédominante exercée par les patriciens dans les comices par curies. — En laissant à l'écart la question du vote par tête ou par *gens*, on voit que les patriciens avaient une grande supériorité d'influence : 1° par les auspices, qui dépendaient d'eux seuls en vertu de leur qualité d'augures; 2° par l'examen préalable des propositions et le droit de sanction qui appartenaient au sénat[16].

IV. — Dès les premiers temps, la misère des plébéiens fut grande. L'agriculture et la guerre étaient les deux seules occupations permises aux citoyens. Les arts mécaniques, les travaux mercantiles, les métiers sédentaires, étaient abandonnés aux esclaves et aux derniers de la classe du peuple. Cicéron rappelle, dans sa République, que pour soulager la misère des citoyens, Numa fit une distribution des terres conquises et des terres publiques[17]; son exemple fut suivi. Mais les terres revenaient bientôt aux riches, par suite des dettes que contractait le pauvre; et la classe

15 Tite-Live dit que les suffrages étaient pris par tête; ce qui donnait à tous les mêmes droits. (Lib. I. cap. 43.)

M. Giraud, *Histoire du Droit rom.*, a suivi le système de Niebuhr, sur la composition des curies (p. 50.).

16 Tit. Liv., lib. I. cap. 17-22-23. Nieburh, t. 2. p. 46.

17 Cic., de Rep., lib. II. 11. Denys d'Halic., liv. II. ch. 16. Plutarque. — Vie de Numa.

Des terres du domaine royal furent aussi distribuées au peuple par Tullus Hostilius. (*Denys d'Halic.*, liv. III. ch. 1.)

— Une autre distribution de terres eut lieu sous Ancus. (*Cic.*, *Rep.*, lib. II. n° 18.)

Ancus enferma l'Aventin dans l'enceinte de Rome, et y plaça les Latins incorporés à la cité, comme plébéiens. (*Niebuhr*, t. 2. p. 145.)

plébéienne eut sa partie infime et nombreuse, qui se composa des prolétaires.

V. — Servius Tullius frappa la classe prolétaire d'impuissance politique, et modifia profondément la constitution de la Cité.

L'établissement du Cens [176], registre public dans lequel chaque chef de famille faisait inscrire, tous les cinq ans, les personnes de sa famille et la quotité de ses biens meubles et immeubles, la division du peuple en 193 Centuries et en six Classes qui les comprenaient, enfin la création des Comices par *centuries*, apportèrent dans la Constitution politique un grand changement. Le cens mit en évidence, dans la société romaine, un nouvel élément, la richesse. L'aristocratie de la richesse fut associée par Servius Tullius à l'aristocratie du patriciat; la division par centuries et par classes fut fondée sur l'inégalité des patrimoines.— Les Assemblées par centuries enlevèrent le pouvoir législatif aux Curies; mais les comices par curies, cependant, ne furent pas abolis. C'est par eux que les pontifes faisaient statuer sur les matières religieuses; ces comices étaient convoqués, deux fois par an, pour les solennités des adrogations ou des testaments, actes civils et politiques des citoyens; l'*imperium* était aussi conféré aux Généraux par une loi Curiate.

La pensée créatrice des comices par centuries résidait dans la distribution des centuries et des classes.

La 1re classe, composée de 98 centuries, supposait un cens ou patrimoine de. . . . . . . . . . . 100,000 as.

| | | |
|---|---|---|
| La 2e classe. . . . . . . | 21 centuries . | 75,000 |
| La 3e classe. . . . . . . | 21 centuries . | 50,000 |
| La 4e classe. . . . . . . | 21 centuries . | 25,000 |

La 5e classe. . . . . . . . 31 centuries . 11,000 as.

La 6e classe se composait des prolétaires, des *capite censi*, qui n'avaient pas de patrimoine appréciable[18].

Les comices par centuries eurent trois grands objets : la nomination des magistrats qualifiés *majores*, le vote des lois, les jugements en matière criminelle par suite de l'appel au peuple. On consultait les auspices avant les opérations, et si même les augures déclaraient que les auspices étaient vicieux, les actes de l'assemblée étaient annulés.

Pendant la tenue des comices, on recueillait d'abord les suffrages dans chaque centurie, en suivant l'ordre des classes; et, pour déterminer le résultat définitif des votes, on ne donnait qu'une voix à chacune des centuries votantes. La première classe, qui comprenait, selon la tradition commune, quatre-vingt-dix-huit centuries, c'est-à-dire plus que la majorité, ou quatre-vingt-huit, selon Cicéron, c'est-à-dire un peu moins que la majorité, votait avant les autres classes. Celles-ci n'étaient successivement appelées à voter qu'en cas de division dans les

18 Il y a divergence sur quelques points entre Denys d'Halicarnasse, Tite-Live, Cicéron. (*Rep.*, II. 22.)

Nous avons suivi la tradition commune donnée par Denys. — Selon Cicéron, qui devrait avoir le plus d'autorité, la première classe ne comprenait que 88 centuries; ce qui nécessitait le concours de 8 centuries des classes suivantes pour la majorité. Selon Tite-Live, il y avait 194 centuries.

Niebuhr croit devoir même en compter 195. Les prolétaires et les *capite censi*, dans son système, ne formaient pas une, mais deux centuries. En cela, il est contraire à N. Grucchius, qui admet aussi une distinction entre les prolétaires et les *capite censi*, mais en les comprenant en une seule centurie. (*De Comit. Rom.* I. — *In Sigonio. Histor., de rebus Bononiens.*, p. 685, édit. 1604.)

centuries de la première ou des premières classes. La sixième, qui embrassait la populeuse, mais unique centurie des prolétaires, n'avait point de participation active au résultat des délibérations. — Dans la suite, le mode d'opération fut moins aristocratique. Le sort indiquait la centurie qui devait voter la première, et qui recevait de cette priorité la qualification de *prerogativa*.

Les classes de citoyens établies au cens payaient les impôts publics proportionnellement à leurs richesses : la surveillance du Trésor était confiée à des questeurs, institués sous les rois, dit Tacite, comme on le voit par la loi Curiate que Brutus renouvela[19]. La classe des prolétaires fut exempte de tributs;-de là le nom de *capite censi*. Elle fut même exemptée ou privée du droit de milice jusqu'au temps de Marius, qui, le premier, enrôla les prolétaires dans les légions romaines.

Le mont Esquilin fut compris dans l'enceinte de la ville, et livré au petit peuple, qui forma *la tribu esquiline*. Les tribus urbaines furent ainsi portées au nombre de quatre, qui correspondaient à la division de Rome en certains quartiers[20]. Mais, de plus, le territoire romain fut partagé en vingt-six tribus rustiques selon diverses circonscriptions établies dans la campagne de Rome, à mesure que l'*ager romanus* s'étendait par la conquête ; ces tribus rurales, qui furent depuis au nombre de trente et une, étaient désignées d'après la dénomination du lieu ou

19 Quæstores regibus etiam tum imperantibus instituti sunt; quod Lex Curiata ostendit ab L. Bruto repetita. (*Tac.*, *Annal.*, XI. 22.)

20 Les quatre tribus s'appelaient *Suburrana, Palatina, Collina, Esquilina*. (*Gravina, de Ortu et Progr.*, cap. 9.)

les noms de quelque grande famille[21]. Les citoyens distingués, répandus dans la campagne de Rome, se trouvaient toutefois inscrits dans les tribus de la ville, alors réputées les plus honorables. — Les curies ne devinrent point, comme les tribus, une division qui s'appliquât au territoire rural de la cité. Elles furent toujours concentrées dans les murs de Rome; et lorsqu'à une époque postérieure, le régime municipal se généralisera dans le monde romain, c'est le nom antique de CURIE qui représentera l'organisation intérieure des Cités.

La richesse du patrimoine, en devenant un avantage politique, d'après la constitution de Servius Tullius, ne mit pas les patriciens hors de la première Classe, car ils possédaient la plus grande masse de propriétés territoriales; mais elle fit surgir dans l'État, avec une nouvelle importance, l'Ordre des Chevaliers. La possession d'une fortune déterminée devint une condition indispensable pour entrer dans cet Ordre honorable, lequel se développa de plus en plus comme un Ordre intermédiaire entre les patriciens et les plébéiens. Le taux de fortune nécessaire s'éleva progressivement à 400,000 sesterces, ce qui paraît correspondre au cens de la 2e classe[22].

Entre la réforme de Servius Tullius, à Rome, et celle de Solon, à Athènes, il y a une relation de temps et de

21 Par exemple, les tribus *Romilie*, *Crustumine*, d'après des noms de lieu; les tribus *Fabienne*, *Horatienne*, d'après des noms de famille.

22 Les 400,000 sesterces valaient 77,496 fr. de notre monnaie; ce qui représente à peu près la valeur des 75,000 as de poids, taux de la 2e classe des centuries. (L'as de cuivre, d'airain ou de bronze pesait une livre entière). (*Niebuhr*, t. 2. p. 210.) D. Delamalle, I. ch. 3.

choses qui frappe vivement l'esprit par les rapports et les différences. — La réforme de Solon est de l'an 160 de Rome [594 ans avant J.-C.] ; la réforme de Servius commence vers l'an 180 ; elle s'accomplit dans les vingt années qui suivent.

Solon abolit ou réduit les dettes des citoyens, en changeant la valeur du signe monétaire ; — Servius fait mieux : il paie, avec les ressources du trésor royal, les dettes des débiteurs obérés ou menacés d'esclavage, et il institue le signe monétaire, en faisant frapper l'*as* romain d'une empreinte publique[23].

Solon maintient la division en curies et en quatre tribus ; Servius porte au nombre de quatre les tribus de la ville.

Solon partage les citoyens en quatre classes, d'après l'importance des revenus ; dans la dernière il renferme les citoyens qui avaient un revenu très-faible, et qui étaient désignés sous le nom de *Thètes* (vivant de leur travail) ; il déclare les citoyens des trois premières classes éligibles à toutes les magistratures ; à ceux de la quatrième il accorde le droit de voter dans les assemblées du peuple et de siéger comme juges dans les tribunaux. C'est la constitution d'une Cité commerçante et démocratique[24]. — Servius Tullius prend aussi pour règle de sa distribution en six Classes le *recensement* de toutes les

23 C'est sous Servius Tullius que l'*as* fut frappé d'une empreinte représentant une tête de bétail (*nota pecudum*, d'où *pecunia*). Auparavant on usait de l'*æs rude*. (*Plin.*, *Hist. nat.*, lib. XXXIII. cap. 3.)

24 Voir Plutarque, Vie de Solon, § 30-32.

Pastoret, Hist. de la Législation, t. 6. p. 171 et suiv.

fortunes; mais, réformateur dans une Cité non commerçante, il ne s'attache pas aux revenus, élément mobile et variable, il prend pour base la valeur capitale du patrimoine : législateur dans une Cité aristocratique, il attribue le droit d'élection à tous les citoyens, en le paralysant dans la Classe dernière, et il réserve exclusivement à l'Ordre des patriciens, soit l'admissibilité aux charges publiques, soit l'exercice des fonctions judiciaires.— Entre les deux républiques de la Grèce et de l'Italie il y a reflet d'institutions analogues et peut-être imitation de la part de Servius Tullius; mais au sein des deux constitutions politiques vit un esprit profondément distinct, qui se révélera aussi, par des différences caractéristiques, dans les mœurs, les institutions et les principes de la société civile.

VI. — L'institution des Consuls remplaça un roi électif et à vie par deux rois annuels [243]. Les Consuls, éligibles à 43 ans, exerçaient les pouvoirs généraux, en consultant le sénat. Ils étaient investis de la juridiction civile et criminelle : toutefois, l'appel au peuple contre les sentences du magistrat, rendues en matière criminelle, fut renouvelé des premiers temps, par le consul Valerius Publicola, en faveur des citoyens condamnés à des peines afflictives, la mort ou les verges[25] : c'était le *jus libertatis* [245].

25 *Ne quis magistratus civem romanum adversus provocationem necaret, neve verberaret.* — Cic., de Rep., II. 31.

Cicéron prend à témoin les livres ou rituels des pontifes, *libri pontificii* (différents des Grandes Annales), pour constater l'usage de l'appel au peuple sous les rois.—Concernant les lois *Valeriæ*, voir les savants ouvrages *sur les lois criminelles de Rome*, par M. Laboulaye, ch.2;—sur l'histoire de la *procédure criminelle*, par M. F. Hélie (1845).

La condition de la classe plébéienne n'avait pas changé : elle était toujours assujettie aux patriciens, qui régnaient par le sénat et les consuls, qui dominaient par l'influence de la richesse et des auspices dans l'Assemblée des centuries, qui seuls composaient les tribunaux et représentaient leurs clients en justice.

VII. — Un débiteur parut sur la place publique, portant l'empreinte des fers et de la cruauté d'un créancier; le peuple s'émut et se retira sur le Mont-Sacré [260]. — La retraite sur le Mont-Sacré est le premier symptôme et le symptôme éclatant du déchirement des deux Ordres. Les Tribuns sont créés dans les Assemblées par curies, où les seuls habitants de Rome avaient droit de suffrage; leur personne est déclarée inviolable; le peuple est né à la vie politique.

Un grand fait s'est donc produit dans la Cité romaine: la base de l'aristocratie est ébranlée. Le Patriciat, désormais, rencontrera partout l'opposition tribunitienne, l'inflexible VETO. Les comices par Tribus sont institués en vertu de la loi Publilia [282], pour contrebalancer les comices par Centuries [26]. Sur la proposition du tribun Volero, les Tribus de la campagne, exclues des comices par curies, furent autorisées à donner leurs voix dans les *comices par tribus*. Ces comices sont créés en opposition à l'influence du patriciat et des riches citoyens[27]. La

26 Il y avait alors 30 tribus, qui furent portées à 35 en l'année 512.

27 Gaius, 1. § 3, dit *plebis appellatione sine patriciis cæteri cives significantur*.—Il semblerait résulter de ces termes que les patriciens n'assistaient même pas comme simples citoyens aux comices par tribus. Mais ce serait, nous le pensons, donner à ce passage un sens

PLEBS, les prolétaires même y dominent d'abord : les suffrages sont recueillis par tête dans chaque tribu. Le suffrage de chaque tribu se forme à la majorité des voix, et la décision des comices à la majorité des tribus votantes [28]. Les comices par tribus étaient affranchis de l'examen préalable et de la confirmation du sénat : ils le furent aussi des auspices ; les augures n'étaient point consultés avant la convocation [29] ; le tonnerre seul faisait remettre le jour de l'assemblée : *Jove fulgente, cum populo agi nefas*. Toute chance paraissait donc enlevée d'avance au calcul, à l'influence du patriciat; et l'esprit démocratique s'exerçait en maître dans les nouveaux comices.

Institués d'abord pour la nomination des Tribuns et des Édiles plébéiens, ils furent convoqués bientôt pour délibérer sur toutes les affaires concernant le peuple, c'est-à-dire sur toutes les résolutions que les tribuns voulaient faire appuyer de ses suffrages; mais, dans ces premiers

trop absolu. Les plébiscites étaient faits *sine auctoritate eorum*, puisque le sénat n'avait à leur égard ni droit d'examen préalable, ni droit de sanction. Mais les patriciens n'étaient pas exclus des comices par tribus. Il était libre aux patriciens de donner leur suffrage dans la tribu où ils étaient inscrits. (*Gravina, de Ortu et Progressu*, cap. 28.)

28 Tit. Liv., lib. XXX. cap. 43. Uti rogassent *omnes tribus* jusserunt. — Lib. XXXIII. Omnes V et XXX tribus uti rogatæ jusserunt.

N. Grucch., de comit. Rom., II. cap. 4. Omnia de renunciatione ad hæc comitia, si tantum pro Centuriis Tribus ponas.

Gravina, de Ortu et Progressu, cap. 30. Ut ea tribus aut centuriæ renunciaretur sententia.

29 Cependant, vers l'an 402, sous la dictature de Publius Philo, il fut ordonné que les comices par *curies*, qui avaient les auspices, ratifieraient à l'avenir les décisions prises dans les comices *par tribus*. (*Cic., de Lege agr. orat.*, cap. II. 2. — Aulu-Gell, XIII. ch. II.

temps, les décisions des comices par tribus, appelées plébiscites, n'étaient obligatoires que pour les plébéiens.

VIII. — L'esprit nouveau s'attaqua même aux comices par Centuries, afin de diminuer à leur égard l'influence patricienne. Le Sénat, à l'approbation duquel les résolutions des comices par centuries devaient être soumises, fut obligé, par la loi Terentilia, d'*approuver d'avance* ces résolutions [30]. Un sénatus-consulte, dans ce cas, déterminait les matières qui seraient soumises à l'assemblée du peuple, et les comices étaient remis, si les tribuns usaient de leur *veto*.

IX. — Pour la première fois aussi, les usurpations de l'*ager publicus* par les patriciens devinrent l'objet de vives réclamations. La proposition de la loi agraire, pour le partage de ces terres, fut jetée sur la place publique. Les divisions entre les patriciens et les plébéiens pouvaient renaître de ce grand débat : le sénat, obéissant à une sage politique, détourna la question en faisant des distributions de terres, en fondant des colonies; il se laissa ainsi arracher, au profit du peuple, la cession complète du Mont-Aventin [297], dont une partie avait été affectée déjà par le roi Ancus aux Latins, incorporés comme plébéiens à la Cité [31]. Les citoyens cependant ne se prêtaient pas à toutes ses vues sur ce sujet; et lorsque le sénat voulut envoyer à Antium une colonie de citoyens pauvres [286],

30 Le sénat trouva le moyen de retenir encore, pendant un siècle, sa prérogative, qui lui fut enlevée définitivement par la dictature de Publius Philo, vers l'an 402.

31 Cic., de Rep., lib. II. n° 18.
Niebuhr, Hist. rom., 2. p. 145.

les citoyens refusèrent : ils aimaient mieux, dit Tite-Live, demeurer à Rome, pour demander des terres, que de se transporter à Antium pour en recevoir [32].

X. — Par suite de la révolution du Mont-Sacré, la Cité politique se trouvait constituée sur une double base, sans perdre son unité : d'une part, les comices par *centuries*, ou d'institution aristocratique, et, pour contre-poids, les comices *par tribus*, ou d'institution populaire; d'autre part, le sénat et les consuls de l'ordre patricien, et, pour contre-poids, les édiles plébéiens et les tribuns du peuple, avec l'inviolabilité de leur personne sacrée et la puissance du *veto;* au dessus de toutes les magistratures, pour les moments de crise où le salut du peuple est la suprême loi, la DICTATURE : mais à côté du dictateur, le tribunat, et, au dessus de la dictature elle-même, l'Appel au peuple [33]. La constitution politique avait donc reconnu les deux éléments qui vivaient dans la Cité, et contrebalancé leur puissance d'action.

Mais la société civile n'avait pas encore ressenti le contrecoup de la révolution politique. Le droit privé, comme chose mystérieuse, était abandonné à l'influence exclusive des pontifes et des patriciens. Les plébéiens, une fois reconnus dans la société politique, voulurent agir sur la société civile. Ils réclamèrent des lois écrites et livrées à

32 Antium, chez les Volsques, ne fut soumis définitivement qu'en l'année 378; ce qui peut bien aussi expliquer la répugnance des citoyens à recevoir des terres en 286, chez un peuple belliqueux et ennemi de Rome.

33 Les tribuns alors n'avaient pas le *veto;* mais ils pouvaient provoquer l'assemblée du peuple. (*Tit. Liv.*, lib. VII. *Hugo*, *Hist. du dr. rom.*, 1. 218.)

la publicité. Ces lois, vivement sollicitées par les tribuns, se firent long-temps attendre; mais enfin des DÉCEMVIRS furent élus parmi les patriciens, dans les comices par centuries, pour travailler à leur rédaction. L'Assemblée les investit de toutes les magistratures, les exempta même de l'appel au peuple, prérogative que n'avait pas à Rome le dictateur[34]. La Loi des XII Tables; exposée d'abord aux regards et aux observations des citoyens, fut acceptée par le sénat et les comices [303].

L'organisation de la République, suspendue par la création passagère du Décemvirat et menacée par la tyrannie du décemvir Appius Claudius, reprit son caractère mixte; le tribunat et l'appel au peuple furent rétablis. La retraite sur le Mont-Aventin consolida la révolution du Mont-Sacré [305].

## SECTION II.

### DEPUIS LE IVe SIÈCLE JUSQUES AUX GUERRES CIVILES.

---

Durant la première période que nous venons de parcourir, la rivalité des deux Ordres patricien et plébéien est constituée; leur pouvoir se balance.

Pendant la deuxième période qui s'ouvre devant nous, la lutte, quelque temps assoupie, reprend une force nouvelle; la victoire des plébéiens sur les patriciens se déclare dans l'ordre politique et civil; Rome marche à la conquête du monde, et les anciennes institutions s'altèrent profondément, dans l'ardeur des conquêtes et l'anarchie des guerres civiles.

34 Cic., de Rep., lib. II. cap. 31. Tit. Liv., lib. III. cap. 32 et 33.

### § 1er. — PARTAGE DES DIGNITÉS ENTRE LES DEUX ORDRES. — INSTITUTION DE LA CENSURE ET DE LA PRÉTURE.

Les tribuns, en demandant le partage du Consulat, pour l'Ordre des plébéiens, déterminèrent d'abord le sénat à suspendre l'institution elle-même, et à remplacer les deux Consuls par six ou dix Tribuns militaires [309], dont la moitié pouvait être élue parmi les plébéiens[1]. Mais en faisant cette concession, le sénat institua les CENSEURS, pour protéger ses droits contre les excès de la démocratie, et maintenir les mœurs au sein de la République [310]. — Les Censeurs, qui exerçaient une action directe sur la composition de l'Ordre des sénateurs et des chevaliers, étaient, en outre, investis du droit de composer les Tribus, de faire passer des citoyens d'une tribu dans une autre, et même de priver des tribus entières de l'exercice du droit de suffrage; prérogative importante qui modifiait dans ses éléments l'institution des comices par tribus[2]. — C'est aussi par suite des concessions arrachées au sénat en faveur des plébéiens que fut instituée la PRÉTURE. Le consulat est partagé avec les plébéiens, en 387; et en même temps Camille, dictateur, propose la

1 Les plébéiens n'usèrent pas d'abord du droit de nommer parmi eux les tribuns militaires; mais ils usèrent du droit de nommer un consul plébéien, et dès l'année de l'innovation, *Sextus*, l'un des tribuns auteurs de la réclamation, fut consul en 388.

2 Si les *censeurs* se conduisaient avec passion, on pouvait les traduire en justice; ce que firent souvent les tribuns du peuple.

division des fonctions consulaires. Le droit de juridiction est alors séparé des fonctions de consuls ; la charge de Préteur de la Ville est créée, et placée au rang des magistratures *majores ;* plus tard, celle de Préteur des Étrangers [507]. La condition stipulée par le sénat fut que le Préteur serait toujours pris dans les familles nobles ; mais cette réserve tardive et impuissante s'évanouit bientôt.

Les tribuns, à force de combats, de menaces, d'envahissements, firent participer successivement les plébéiens, d'abord aux fonctions qui entraînaient un *pouvoir politique,* ensuite à celles qui entraînaient *juridiction* ou *autorité morale :* ainsi, les plébéiens furent admis d'abord aux charges de Questeurs [333], de Consuls [387], d'Édiles curules [388][3], de Dictateurs [397] ;

Et puis aux charges de Censeurs [402], de Sénateurs [402], de Préteurs [416], de Pontifes [453], de Grand-Pontife [502].

Le premier Préteur plébéien fut Publius Philo, qui déjà avait exercé les charges de consul et de dictateur. — Le premier plébéien élevé à la dignité de Grand-Pontife fut Tib. Coruncanius. — Le tribunat resta exclusivement attaché à l'ordre des plébéiens ; et les patriciens qui voulurent participer à l'immense pouvoir du tribunat, furent obligés de se faire adopter par une famille plébéienne : Clodius, au VIIe siècle, donna encore l'exemple de cette adoption spéciale pour parvenir au tribunat.

Quand la Cité politique sera ouverte à toutes les classes

3 Les fonctions d'*édiles curules* conféraient la noblesse aux descendants des édiles, tandis que les édiles plébéiens n'avaient aucun privilége de ce genre.

de citoyens, que l'accès aux Charges consulaires sera également permis à tous, et qu'un temple aura été voué à la Concorde, les plébéiens, réunis aux patriciens, s'élanceront avec ardeur à la conquête de l'Italie et du monde connu.

§ 2. — AGRANDISSEMENT DE ROME PAR LES GUERRES D'ITALIE.

Dans les premiers siècles, Rome avait lutté contre les Latins, les Sabins, les Etrusques, qui dans leur ensemble constituaient ce qu'on appelait le *Latium vetus*. Les anciens Latins, vaincus près du lac Régille, avaient conservé leur liberté civile et perdu leur indépendance politique. Ils s'étaient engagés à suivre la fortune de Rome. Sur le Mont-Albain, un temple avait été élevé à JUPITER LATIALIS, pour célébrer par des sacrifices communs les Féries latines; et le traité de l'an 261 avec les Latins fut reproduit sur une colonne d'airain et replacé encore, sous le consulat de Cicéron, derrière la tribune aux harangues[4].

Mais les Etrusques, aux douze villes, avaient conservé d'abord leur indépendance, et Veies, au IVe siècle, était une Cité rivale de Rome. La politique du sénat résolut sa ruine. L'ardeur plébéienne, qui combattait les patriciens à l'intérieur de Rome, fut dirigée à l'extérieur contre la principale cité des Etrusques, souche primitive du patriciat sacerdotal. Après un siége de dix ans, Veies fut détruite [358]. Sept arpents de son territoire furent concédés à chaque père de famille indigent et à chacun de

4 Cic., pro Balbo, 23. Cum latinis omnibus fœdus ictum Sp. Cassio, Postumio Cominio, consulibus..... Quod quidem nuper in columna ænea meminimus post rostra incisum et prescriptum fuisse.

ses enfants mâles, pour empêcher le peuple de se diviser entre Veies et Rome, et de porter atteinte à l'unité de la Cité. Le danger était imminent. La proposition des tribuns de partager le peuple romain en deux Cités fut rejetée dans les comices par tribus, à la majorité d'une seule tribu!

Bientôt après, les Gaulois cisalpins de Brennus sont au pied du Capitole [364]; leur invasion est repoussée; toutefois, Rome est affaiblie : les Latins nouveaux (*novum Latium*), qui comprenaient les Volsques, les Herniques, les Aurunces, les Ausonnes, se soulèvent; les Samnites, presque inexpugnables dans les Apennins, et les peuples de l'Italie centrale, veulent profiter de l'ébranlement du Capitole pour assurer leur avenir. Mais la cité des Volsques, Antium, est définitivement soumise aux Romains [378]; les Samnites sont domptés, après une une guerre de 77 ans et 24 triomphes [481]; et la victoire, digne des grandes destinées de Rome, entraîne la soumission des peuples de l'Italie centrale, les Salentins, les Eques, les Ombriens d'origine gallique, qui avaient embrassé la cause de l'indépendance. — Des Colonies romaines vont, dans l'Italie, remplacer les peuples absents que la guerre et la servitude ont enlevés de leur territoire, ou maintenir, par les mœurs guerrières et leurs relations avec la mère-patrie, l'obéissance des peuples alliés (*fœderati*). De l'an 244 à l'an 574, Sigonius a compté soixante-seize colonies fondées seulement en Italie[5] !

Après la guerre contre les Samnites, Rome étendait sa

5 Tit. Liv., lib. XXXII, XXIV, etc. Le relevé a été fait par Sigonius, dans son traité *de Jure italico*.

domination dans l'Italie centrale. — Après la guerre contre Pyrrhus et les Tarentins, Rome l'étendait au sud, jusqu'aux rivages de la Grande-Grèce.

§ 3. — PROVINCES CONQUISES.

I. — Carthage avait porté secours aux Tarentins. Vainqueurs de Tarente, les Romains tentent la mer. La Sicile les reçoit et leur révèle toute la puissance de Carthage. Long-temps avant cette époque, les Carthaginois étaient connus des Romains. Polybe donne un traité fait en 244, à l'origine du Consulat, entre les Romains et les Carthaginois, dans lequel on règle l'étendue de la navigation des Romains, et l'on établit des garanties contre les Carthaginois en faveur des Latins, alliés ou même alors *sujets* de Rome[6]. Mais la rivalité entre les deux peuples ne se déclara que vers la fin du v^e^ siècle. — Les Carthaginois sont chassés de la Corse et de la Sardaigne en 492. La partie de la Sicile qui leur avait appartenu, moins Syracuse, est soumise et réduite en province, en 511. C'est la première province qu'ait possédée le Peuple romain. Plus

6 Polyb., Hist., III. 22. 24, édit. de Folard, t. 4. p. 26. M. Leclerc, dans ses Annales des pontifes, donne à ce sujet des renseignements curieux, p. 39 : « Les traités de Rome avec Carthage, dès l'origine » du gouvernement consulaire, ont été traduits en entier par Polybe, » qui les avait lus sur bronze, dans les archives des édiles, au temple » de Jupiter-Capitolin. Il en résulte que Rome, avant la révolution » consulaire qui l'affaiblit, était maîtresse d'Ardée, d'Antium, de » Circéi, de Terracine, dont les peuples, dans le texte, sont appelés » *ses sujets*. »

tard, Syracuse est enlevée à la domination des Carthaginois, et la Sicile entière est PROVINCE ROMAINE [540][7].

II. — L'Espagne, où Carthage puise ses richesses, attire aussi le génie belliqueux des Romains : là, ils trouvent dans les Celtibériens de nouveaux Samnites à combattre. Enfin, ils descendent sur le rivage de l'Afrique; ils voient les murs de Carthage. La république commerçante et la république guerrière sont en présence[8]. Aux soldats de Rome, citoyens romains, seront opposés des soldats mercenaires, venus de tous les points où Rome aura fait haïr ou craindre sa domination. Un fils de Carthage, élevé au milieu de ces camps d'étrangers, et animé autant par son mépris des marchands du sénat carthaginois, que par sa haine contre Rome, Hannibal, à lui seul, balancera la fortune du Capitole. — De l'Espagne, il s'élancera vers l'Italie; il se fera jour au milieu des peuples de la Gaule; il traversera le Rhône; il emploiera cinq mois à franchir les Alpes, perdra trente mille de ses mercenaires; et un jour, debout sur les hauteurs du versant méridional des Alpes, à la tête de vingt-six mille soldats, il jetera sur les plaines de l'Italie un œil victorieux. Il appellera à lui tous ces peuples vaincus, qui subissent à regret le joug des Romains; et, pendant quinze ans, à partir de ce passage héroïque, son génie fera trembler le génie de la Ville éternelle.

Mais le sénat, au milieu des désastres publics, soutien-

7 Provincia, provinciales, de *provincere*, provictus, provicta. — La Corse et la Sardaigne ont été réduites en provinces en 520.

8 Voir dans l'Histoire de la Républ. rom., de M. Michelet, cette lutte de Rome et de Carthage; elle y est admirablement décrite.

dra dignement la destinée de Rome, et la fortune du Capitole tient en réserve la famille des Scipions : deux grands hommes en sortiront pour triompher de la gloire d'Hannibal. — Les ruines de Carthage et de Numance attesteront, à peu d'intervalle [606-619], la conquête de l'Afrique et de l'Espagne : l'Afrique est réduite en PROVINCE ROMAINE.

III.—Dans la guerre de Pyrrhus et de Carthage, Rome avait rencontré la Grèce. La civilisation grecque et le génie romain ne s'étaient qu'entrevus avant cette époque : ils apprennent à se bien connaître dans cette période, marquée par la guerre contre Philippe, Antiochus et Persée, par la guerre contre la Ligue achaïque, et par la destruction de Corinthe [de 552 à 606].

L'action réciproque de Rome et d'Athènes s'exerce et se poursuivra désormais dans l'empire des faits et des idées. —Le siècle de Périclès était déjà loin[9]. L'École de Socrate avait enfanté ses sectes diverses, et, dans la philosophie morale, ses branches extrêmes, Epicure et Zénon. La liberté de la Grèce s'était épuisée de démocratie à Athènes, d'aristocratie à Sparte, de vie républicaine dans la guerre du Péloponèse et la lutte éloquente de Démosthènes contre Philippe. La Grèce avait réagi par Alexandre sur le monde oriental. Alexandre avait fondé sur les rivages de l'Egypte la ville où l'Orient et l'Occident devaient tenter un jour l'alliance de leurs destinées et même de leurs

9 Le commencement de la guerre du Péloponèse est de l'an 431 avant J.-C. ; ce qui correspond à l'an 321 de Rome. Il y a donc près de trois siècles de distance entre les beaux temps de la Grèce et l'époque de la destruction de Corinthe par les Romains (606).

doctrines[10]. Après lui, rois sans gloire, les Chefs macédoniens voulaient aussi dominer sur les villes de la Grèce. La Ligue achaïque luttait pour l'indépendance des villes républicaines. Rome intervient alors comme libératrice. Vainqueur des successeurs d'Alexandre, le Consul romain proclame aux Jeux ithsmiques [556], LA LIBERTÉ DE LA GRÈCE.... et la Grèce, enivrée de cette proclamation inattendue, embrasse les mains victorieuses du consul Flamininus : elle se croit libre en effet! — Mais la politique du sénat se jouera de cet enivrement; elle détruira la Ligue achaïque, dernier rempart de la liberté grecque; et bientôt, sous le nom d'Achaïe, la Grèce aussi sera réduite EN PROVINCE ROMAINE! [609]

L'Italie, la Sicile, l'Espagne, l'Afrique, la Grèce, sont conquises; l'Occident est romain. Rome élève sa tête orgueilleuse : tout lui est soumis, moins le monde barbare, le Nord, qu'elle ne connaît encore que par les incursions des Gaulois; moins l'ancien monde civilisé, l'Asie, la plus belle proie de l'Univers, que se disputeront bientôt les promoteurs des guerres civiles. La vocation de Rome à l'empire des nations s'accomplit :

« Tu regere imperio populos, Romane, memento. »

§ 4. — MODIFICATIONS DANS LA CONSTITUTION ET LES MŒURS DE LA CITÉ PAR SUITE DES CONQUÊTES.

Que se passe-t-il, cependant, à l'intérieur de Rome?

I. — Le sénat, durant cette ère de guerres continuelles, avait acquis dans l'administration de la République

10 Voir la belle production de M. Jules Simon, sur l'École d'Alexandrie (1844).

et des possessions romaines une grande autorité. Il n'était plus une assemblée ouverte seulement à la noblesse patricienne; il était formé de divers éléments : les Censeurs, à partir de la loi Ovinia et du v^e^ siècle [402], y admettaient les plébéiens riches et honorés par leurs services [11]. L'aristocratie patricienne avait perdu une partie de sa puissance, mais non le sénat. Maître du Gouvernement pendant la guerre, le Sénat s'était habitué à se regarder comme le maître de la République et des pays réduits en provinces romaines.

II.—Les Censeurs avaient secondé la politique sénatoriale par leur action sur les tribus de la République. Les tribus, qui s'élevèrent successivement au nombre de trente-cinq, étaient, comme on le sait, divisées en urbaines et rustiques. Par une antique tradition, les citoyens riches et considérés se trouvaient inscrits dans les tribus urbaines. Le censeur Fabius Maximus, pour donner aux citoyens riches et puissants une influence réelle, même dans les comices par tribus, les classa, en 449, dans les *tribus rustiques*, et ne laissa que le petit peuple dans les *tribus urbaines*. Les quatre tribus urbaines, sur lesquelles les magistrats populaires exerçaient le plus d'influence, n'avaient que quatre voix dans les comices où pouvaient figurer les trente-cinq tribus, et dont les décisions se formaient à la majorité des tribus votantes. L'influence tribunitienne était donc profondément affaiblie par cette mesure du censeur FABIUS, qui reçut de la re-

11 Le cens sénatorial était de 800 *sestertia*, ou 800,000 *sestertii* (131,000 fr.) La questure et les services militaires donnaient le droit d'éligibilité.

connaissance des principaux citoyens le titre de MAXIMUS. Peu de temps après cette époque, par la loi Hortensia, rendue en 468, les plébiscites furent déclarés obligatoires pour tous les citoyens, sans distinction de *patriciens* et de *plébéiens*. Ce rapprochement fait comprendre facilement la soumission des patriciens aux plébiscites. Pourquoi auraient-ils refusé leur obéissance? Après la mesure censoriale de Fabius, les citoyens considérés et tous les patriciens, par leur influence dans les tribus rustiques, pouvaient prendre une participation très-effective au vote des plébiscites.

III. — Les affranchis répandus dans les quatre tribus de la ville furent inscrits, en 584, pour le recensement des suffrages, dans la seule tribu Esquiline; ils excitaient des troubles par leur présence dans les quatre tribus; renfermés dans une seule, ils furent frappés d'impuissance. C'est le père des Gracches, le censeur Tib. Sempronius Gracchus, qui opéra cette grave réforme d'un seul mot, *nutu atque verbo* : et Cicéron fait dire au grand-pontife Scevola, dans le traité *de oratore* : « Depuis long-temps, sans cette mesure, nous n'aurions plus de République[12] ! »

Le grand nombre des affranchis imposait la nécessité de cette concentration. Les plébéiens, d'origine vraiment romaine, avaient vu leurs masses s'éclaircir et par l'envoi des Colonies, et par la continuité des guerres lointaines. Le nombre des esclaves, au contraire, et celui des affranchis s'accroissaient sans cesse. Les vides que les guerres

12 Quod nisi fecisset, rempublicam quam nunc vix tenemus, jamdiu nullam haberemus. — C'est en 662 que Scevola est censé prononcer cette parole. ( *Cic., de Orat.*, I. 9. ) — Fabius avait agi aussi *ne humillimorum in manu comitia essent.* Tit. Liv., IX. 46.

faisaient dans les rangs des plébéiens, se remplissaient au forum par les affranchis. La tribu Esquiline recevait de nouveaux citoyens, amenés naguère esclaves de l'Espagne, de l'Afrique, de l'Illyrie, de l'Epire[13]; et c'était à ce peuple nouveau, qui l'interrompait par ses murmures, que le second Africain (Scipion Emilien), disait du haut de la tribune, avec la fierté d'une origine toute romaine : TAISEZ-VOUS, FAUX FILS DE L'ITALIE[14] !

IV. — Les Chevaliers, fermiers des revenus de l'État (publicani), avaient grossi leurs richesses; ils possédaient, soit à titre de redevances, soit par usurpation, une partie des terres conquises sur les peuples vaincus. Ils étaient ainsi détenteurs de vastes domaines dans l'Italie, la Grèce, l'Afrique[15]. Ils achetaient des milliers d'esclaves qui cultivaient ou gardaient leurs *possessions*[16]. Leur aristocratie d'argent pesait donc également sur les terres et sur les hommes.

V. — Les mœurs se modifiaient; l'antique esprit de Rome républicaine se corrompait. Les arts de la Grèce, dont le consul Mummius, après la prise de Corinthe, avait transporté à Rome les chefs-d'œuvre, agissaient sur les

13 Par ordre du sénat, les villes de l'Epire furent rasées en 584, et 150,000 de leurs habitants furent réduits en esclavage.

14 Publius Cornelius Scipio Africanus, Æmilianus, consul en 605 et 618. (*Fastes consulaires.*)

15 Pline l'Ancien parle de six citoyens qui possédaient la *moitié* de l'Afrique. (Liv. XVIII. ch. 6.) *Sex domini semissem* AFRICÆ *possidebant....*

16 L'abus s'est continué.

Tacite parle de domaines infinis où l'on comptait des nations d'esclaves. (*Annal.*, liv. III. nº 53; — et XIV. 44. *Nationes in familiis habemus.*

imaginations. Les idées philosophiques étaient entrées dans la cité à la suite des rhéteurs et des philosophes de la Grèce. En vain le préteur Pomponius fit expulser de Rome les rhéteurs, par décret du sénat [592]; en vain Caton le censeur demandait le renvoi immédiat de Carnéade et des autres philosophes, députés d'Athènes [598] : la jeunesse romaine écoutait avec avidité les sophistes, avant de connaître encore les sources élevées de la philosophie. La famille même des Scipions donna l'exemple du cortège des esclaves grecs, grammairiens, poëtes ou sophistes; elle eut d'illustres amitiés parmi les étrangers attirés par la gloire de Rome; elle usa noblement de son influence en faveur de l'historien Polybe, auquel elle ouvrit les archives de la République[17]. La première, elle reçut le reflet de la civilisation grecque; la première, elle mêla l'atticisme à la sévérité romaine.

Athènes, soumise aux Romains, soumettait à son tour les vainqueurs à l'influence de son génie, en répandant au sein de Rome le goût des lettres et des arts, et les semences diverses de ses écoles philosophiques[18]. La doctrine épicurienne pénétra profondément dans des mœurs qui se corrompaient, et hâta la corruption. Le stoïcisme, cette religion philosophique des grandes âmes, éclaira les intelligences supérieures, et fortifia le courage des grands citoyens, qui, en luttant contre leur siècle, trouvaient dans

17 Grâces à cette protection, Polybe paraît avoir connu des traités et des documents que Tite-Live lui-même et Denys d'Halicarnasse n'ont pas consultés. (Voir le Mém. de M. V. Leclerc, sur les *Annales des pontifes*, p. 98-104, 153 et *passim*.)

18 « Græcia capta ferum victorem cœpit, et artes
» Intulit agresti Latio. » (*Horat., Epist. ad Aug.*)

l'inflexibilité de la doctrine de Zénon un rapport sublime avec l'inflexibilité de leur culte pour la République.

Le moment approche où ce courage civil et ce culte de l'antique Cité seront livrés à de rudes épreuves.

§ 5. — DISSOLUTION DE LA CITÉ PAR LES GUERRES CIVILES. — TRANSFORMATION DE LA RÉPUBLIQUE EN EMPIRE.

I. — Carthage et Numance détruites, la Macédoine vaincue, la guerre n'avait plus son aliment accoutumé. L'activité romaine se reporta sur elle-même. Les Factions qui s'étaient ralliées sous l'Aigle consulaire, se retrouvèrent face à face au Forum; leurs débats se ranimèrent. Les Gracches s'emparèrent de la tribune, et avec eux un nouveau pouvoir y monta, l'éloquence, don généreux de la liberté et de la patrie de Périclès. La proposition des lois agraires, qui sommeillait depuis trois siècles, fut jetée de nouveau par Tiberius Gracchus sur la place publique [620]. Elle n'attaquait point les propriétés privées; mais elle avait pour objet le partage du domaine de la République, fruit de la conquête : elle avait certainement son principe de justice. Le peuple la soutint d'abord avec emportement; les riches la regardaient comme subversive. Intéressés à conserver les possessions usurpées sur l'*ager publicus*, les Chevaliers s'unirent aux sénateurs pour repousser le partage. Caius Gracchus, afin de les attacher à sa cause, les fit investir, à l'exclusion des patriciens, du droit de siéger comme juges dans les tribunaux [631]; mais ils acceptèrent ce bénéfice pour leur Ordre, sans prêter appui à ses projets. Ils se servirent de leur nouvelle prérogative, d'être seuls choisis comme

juges, pour défendre leurs usurpations. — Le peuple, que les Gracches avaient voulu favoriser, ne retira aucun soulagement de la promulgation des Lois agraires. La mesure fut paralysée par l'impossibilité ou la grande difficulté de son exécution. Les anciennes limites des possessions publiques et privées avaient disparu. On ne pouvait les retrouver sous l'uniformité des pâturages, des *latifundia*, qui avaient couvert l'Italie, et qui perdirent l'Italie d'abord, puis les provinces, selon les expressions de Pline l'ancien[19]. Les Gracches, délaissés par les chevaliers, qui avaient tremblé à l'idée de la loi agraire, abandonnés par les plébéiens, qui en avaient espéré vainement le bien-être, tombèrent frappés, Tibérius par la main des sénateurs, au pied du Capitole; Caius par la main d'un esclave fidèle, dans un refuge consacré à la vengeance[20].

II.— La révolution démocratique, reprise et continuée par les fils de Cornélie, avait remué de grandes passions : ces passions ne s'éteignirent point dans le sang des Gracches; elles s'y retrempèrent; elles y prirent une nouvelle vie pour enfanter un vengeur, MARIUS.

En ce moment, deux vastes régions s'offraient à Rome conquérante, l'une dont les riches dépouilles devaient désormais alimenter les promoteurs de la guerre civile, les candidats à la dictature, et qui aura son héros dans Mi-

19 Latifundia perdidere Italiam jam vero et provincias. (*Plin.*, lib. XVIII. cap. 6.)

20 Il se fit tuer dans le bois consacré aux Furies; il dévoua à leur vengeance l'ingratitude du peuple (620-631).

thridate[21]; l'autre, dont la redoutable existence, annoncée déjà par les incursions et la guerre des Gaulois, se montrait de loin, plus effrayante encore, par ses débordements de *Cimbres* et de *Teutons*.

Le consul plébéien Marius est le représentant du parti démocratique; c'est à lui qu'est échue la lutte contre les Barbares. — Du Nord viendra un jour le danger pour Rome; mais les envahissements du monde germanique sont alors prématurés, et ces multitudes, qui avaient inondé la Gaule et fait trembler l'Italie, s'abîment, des deux côtés des Alpes, sous la main terrible de Marius.

À côté de l'homme des plébéiens, le principe aristocratique suscite et place son Représentant, pour la lutte d'extermination qui approche. Sylla paraît : à lui est échue la guerre de l'Asie, la guerre dans le vieux Monde, comme si la Providence avait voulu distinguer les deux champions de l'avenir et du passé, même par le théâtre de leurs exploits!—Les deux rivaux, par leurs guerres lointaines et leurs victoires, obtiennent le même résultat personnel : ils se font des armées à eux. Redoutables par leur gloire et leurs forces matérielles, ils sont en état d'opprimer alternativement le parti qui leur est contraire. Marius entre, le premier, dans la carrière sanglante de la tyrannie du vainqueur; mais, impétueux dans sa fureur, il s'aliène même ses partisans; il n'apporte pas dans la cruauté le génie du calcul politique. — L'Homme des représailles vient à son tour : il a la conscience de sa mission impitoyable de vengeur du patriciat; il répand ses vétérans dans l'Italie, et

21 C'est un roi de Syrie, Antiochus, qui de la Grèce a montré la route de l'Asie aux Romains.

les attache, comme possesseurs, à la terre dont il a dépouillé les anciens propriétaires. La loi *Valeria* a déclaré que le Dictateur pourrait faire tuer impunément le citoyen qu'il lui plairait désigner, sans lui faire son procès, *indictâ causâ*[22] : les Tables de proscription annoncent chaque jour qui doit mourir, qui doit vivre; et le sacrifice à l'antique Aristocratie se continue avec la cruauté froide de la réflexion. Les institutions démocratiques sont renversées dans le sang; les tribuns sont exclus du sénat, et perdent le droit de parler; les comices par tribus sont abolis; les chevaliers sont expulsés des tribunaux; aux sénateurs seuls reviennent les jugements : le nombre des sénateurs est porté à quatre cents. — Et quand il a tout glacé d'épouvante, quand il a fait ruisseler le sang à son gré dans Rome, dans l'Italie, dans les provinces, le Dictateur s'arrête; il descend de son tribunal, protégé par l'image terrible de la dictature, qu'il abdique, et la terreur des Vétérans, maîtres du sol romain [674].

Mais, avant de se mêler à cette foule qu'il épouvante, il aurait voulu frapper encore une tête, celle de Jules César : dans le jeune homme de dix-sept ans, qui avait résisté à son ordre de répudiation, IL AVAIT VU PLUSIEURS MARIUS[23]. Ainsi, le représentant du passé, qui avait offert tant de victimes humaines à l'aristocratie, voyait, après l'accomplissement du sanglant holocauste, renaître dans l'avenir, plus fort, plus indomptable, le principe qu'il croyait avoir abattu.

22 Rendue sur la proposition de l'interroi Valerius. (*Cic.*, *de Legib.*, lib. I. n° 15.)

23 Suetone, J. Cæsar. Vita, 1. Nam Cæsari multos Marios inesse.

III. — Le jeune Jules César avait comp
que : après une tentative d'extermination
anéantir aucun des partis, il jugea que
tis et la transformation de la Rép
étaient nécessaires à la vie, à la g
sa destinée, à lui, était de fond
se rendant, à force de gloire,
nivers.

Nous retrouverons Ju
sa glorieuse épée tracera p
rêts druidiques, le passage à la
Mais nous devons arrêter là l'esquiss
qui se rattachent au DROIT PUBLIC de Rom
les guerres civiles de César et de Pompée, d'Octa
d'Antoine, comme sous les divisions de Marius et de Sylla, de Cicéron et de Clodius, il y avait bien encore un combat de principes et d'institutions, une lutte de démocratie et d'aristocratie; mais les passions de l'homme et l'ambition individuelle dominaient ces luttes acharnées où s'épuisait la vie de la République. — JULES CÉSAR et AUGUSTE (quand il a du triumvir dépouillé tout, jusqu'à son nom) restent seuls, dans l'histoire, comme la personnification glorieuse du principe vainqueur.

Nous avons indiqué le mouvement des faits et des idées dans l'ordre politique; il faut en étudier plus lentement le progrès et les résultats dans l'ordre purement civil, ou dans le DROIT PRIVÉ.

# CHAPITRE II.

## PRINCIPE FONDAMENTAL DU DROIT CIVIL DES XII TABLES, DU DROIT PRÉTORIEN, DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT.

---

I. — Une idée absolue, celle de la CITÉ, domine le Droit civil de Rome à son origine.

Le droit civil de Rome, c'est le droit spécial de la Cité, le droit exclusivement attribué aux citoyens romains.

Dans l'unité de la Cité, il y a deux éléments, le patriciat et le peuple, dont l'un d'abord s'élève au dessus de l'autre. Mais la distance entre les deux classes patricienne et plébéienne établissait une division dans les personnes, et non une division dans l'UNITÉ DU DROIT CIVIL, choses qu'il ne faut pas confondre[1].

L'unité de la Cité romaine donne son empreinte à la famille, à la propriété, bases de l'organisation civile; à l'obligation personnelle, à l'intervention de la justice, lien et garantie nécessaires de cette organisation.

La famille et la puissance paternelle, qui en concentre tous les droits, reposent sur le mariage entre citoyens romains, ou sur l'adoption et l'adrogation, dans l'accomplissement desquelles intervient la Cité.

1 L'hypothèse de Niebuhr sur les *deux cités*, à l'origine de Rome, a entraîné l'auteur d'un *Essai sur le droit privé des Romains* (1840), (M. Guérard), qui a mis au service de cette hypothèse archéologique un vrai talent d'exposition. Cette fausse idée a entraîné aussi plusieurs de nos auteurs contemporains dans des erreurs d'application.

La propriété (*dominium ex jure Quiritium*) repose sur la qualité romaine de la terre et de la personne, et sur le caractère romain des *moyens* d'acquisition et de transmission, tels que la mancipation, le testament, l'hérédité légitime.

L'obligation repose sur le lien personnel, le *nexum* du débiteur envers le créancier romain (*jus nexi*).

L'intervention de la justice (*vocatio in jus, legis actiones*) repose sur le droit du citoyen de traduire son adversaire devant le magistrat de la Cité (*in jure*), pour obtenir des juges qui prononcent sur le différend (*in judicio*).

Tous les droits qui composent l'ensemble du Droit civil réfléchissent l'idée romaine et portent le caractère unique du droit de la cité. « Qu'est-ce, en effet, que la Cité, dit » énergiquement Cicéron, si ce n'est la société du droit? » *Quid est enim Civitas, nisi juris societas*[2] »

« Sans le droit civil, dit encore l'orateur philosophe et » jurisconsulte, il n'y a rien qui puisse être égal entre » tous, qui puisse être UN pour tous[3]. »

L'unité romaine appliquée aux éléments de la société civile, tel est donc le fondement du droit antique ; telle est l'idée qui éclaire tous les débris du premier âge, en remontant jusqu'aux Lois royales, et en s'attachant surtout aux fragments de la Loi des XII Tables.

II. — Les XII Tables furent promulguées après une révolution politique, qui avait mis en présence et contre-

2 De Rep., I, 32. S. Aug., de Civitate Dei, XV. 8 : Civitas nihil aliud est quam hominum multitudo societatis vinculo colligata.

3 Cic., pro Cæcina, cap. 25 :

« Hoc sublato, nihil est.... quod æquabile inter omnes atque UNUM » omnibus esse possit. »

balancé l'une par l'autre l'aristocratie et la démocratie romaines. Mais le caractère du droit civil n'en fut pas changé. L'unité de la cité romaine, avec une distinction aristocratique entre les deux Ordres, resta le fondement de la Loi des XII Tables.

Toutefois, le passage d'un droit mystérieux à un droit fixé par écrit, la promulgation exigée et obtenue par les efforts des tribuns du peuple : c'est là un fait grave et significatif dans la Cité. La subordination des plébéiens aux patriciens n'est plus entière. Les relations de Rome avec les peuples étrangers s'étendent ; le Préteur de la ville, le Préteur des étrangers sont institués et investis du pouvoir de publier un Édit. Le mouvement commence dans la société civile. L'unité primitive, tout en conservant un caractère de supériorité, s'ouvre à des éléments nouveaux. Bientôt au JUS CIVILE, à l'idée absolue de l'unité romaine se joindra, avec une influence progressive, le caractère flexible d'un Droit réglementaire, pour aider, expliquer et tempérer le droit antique : ce sera le DROIT PRÉTORIEN (*jus honorarium*).

Dans la première période, depuis la fondation de Rome jusques et y compris la Loi des XII Tables et sa pleine domination, l'idée fondamentale de l'UNITÉ s'applique aux objets constitutifs du droit civil.

Dans la deuxième période, depuis l'institution des Préteurs jusqu'à l'école de Labéon, sous Auguste, l'unité se divise ; elle perd son caractère exclusif ; elle n'est plus qu'une idée de *prééminence* sur les éléments nouveaux qui apparaissent et se développent.

A l'idée fondamentale de l'UNITÉ se joint, dans l'histoire du droit civil, le caractère de DUALISME, ou l'éta-

blissement d'un Droit fondé sur l'équité, qui se développe parallèlement au Droit primitif.

C'est là ce qui distingue les deux périodes du Droit des XII Tables et du Droit prétorien.

III. — Ce n'est pas tout : un élément supérieur au droit civil et au droit prétorien se dégage de l'enveloppe extérieure des faits, et sort du sein des révolutions. Les mœurs, les lois, les communications étrangères, les mouvements et les déchirements même de la société, appellent l'esprit de l'homme à la réflexion. L'intelligence, en se repliant sur les faits qui ont éveillé son activité, les pénètre de sa lumière, les rattache à leurs causes d'abord obscures ou inconnues; et la raison humaine éprouve, un jour, le besoin sublime de chercher les rapports des faits sociaux avec la nature de l'HOMME, la nature de la SOCIÉTÉ, la nature de DIEU. — Alors naît la PHILOSOPHIE DU DROIT. — C'est à la limite extrême de la République de Rome, quand les anciennes institutions de l'ordre politique s'épuisent dans l'anarchie des guerres civiles, et vont se transformer ou se perdre sous la dictature des Césars, que la philosophie du droit est subitement élevée à toute sa grandeur par le génie de Cicéron. La philosophie du droit, dans les traités de la *République* et des *Lois*, est le testament social de la République expirante.

Nous renfermerons donc dans ce livre, sur le Droit civil de Rome, trois objets :

La Loi des XII Tables;

Le Droit prétorien;

La Philosophie du droit, considérée comme la base d'une École nouvelle.

# CHAPITRE III.

## ORIGINES HISTORIQUES, ET CARACTÈRE GÉNÉRAL DE LA LOI DES XII TABLES, PAR RAPPORT AUX LOIS GRECQUES ET AUX MŒURS ROMAINES.

---

Gaius ad leg. XII Tabularum :
.... Sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex suis partibus constaret : et certè, cujusque rei potissima pars principium est.

---

### Observations préliminaires et bibliographiques sur les travaux modernes concernant les XII TABLES.

Bien des travaux ont été faits sur la Loi des XII Tables, depuis le xvie siècle jusqu'à nos jours. — Les jurisconsultes, à cet égard, se divisent en deux classes : 1° les collecteurs de texte ; 2° les commentateurs.

Dans la première classe sont principalement :

1° Aymar Rivallius (du Rivail) ; il paraît être le premier en France qui se soit occupé de la Loi des XII Tables dans son *Histoire du droit civil et pontifical* de l'an 1515[1] ; il recherche les institutions des rois, les résultats de la révolution con-

1 Aymari Rivalli allobrogis jurisconsulti ac oratoris libri de historia juris civilis et pontifici. — Valence, 1515. Imprimé aussi à Mayence, en 1527.

sulaire, le caractère de la Loi des XII Tables; il rassemble des fragments, les dispose dans un ordre arbitraire, et les accompagne quelquefois d'une assez heureuse interprétation. Une chose intéressante pour l'école historique, c'est que son histoire du droit est inspirée par l'exemple du jurisconsulte Gaius, et qu'à l'entrée de ce XVIe siècle, qui produira Cujas, Aymar du Rivail dit, comme Montesquieu, il faut éclairer les lois par l'histoire, « *historia evidentiorem juris præstat intellectum;* »

2° LESUEUR, JUSTE-LIPSE, FRANÇOIS PITHOU; ils ont réuni en plus grand nombre des fragments de textes et des passages d'auteurs de l'antiquité, se rapportant au souvenir des XII Tables. — Mais dans leurs collections, il y a beaucoup de choses conjecturales;

3° JACQUES GODEFROY; les textes épurés par sa critique et accompagnés des indications de sources, ont été adoptés et suivis par tous ceux qui sont venus après lui, et notamment par Heineiccius, Hoffmann, Bach, Terrasson, etc.;

4° DIRKSEN et ZELL (Léipzig, 1824); leur judicieuse compilation, avec les notes relatives aux sources, a été reproduite par M. Giraud, en appendice à son *Histoire du droit romain*, et par M. Blondeau, 2e vol. des Institutes (*jus ante Justinianeum*). C'est la plus complète et celle qui doit être suivie.

Dans la deuxième classe (les commentateurs) sont principalement :

1° F. BEAUDOIN *ad leges Romuli et XII Tabularum* (1re édition, 1550; 2e, 1554; 3e, 1559 : *Balduinus*, dans le 2e vol. de la *Collectio Romana et Attica* d'Heineiccius); il y a une grande différence entre les première et dernière éditions; ce sont deux œuvres qui semblent à peine appartenir au même auteur. L'une est une esquisse, l'autre une œuvre approfondie;

2° P. DUPRAT (*Pardulphus Prateius* d'Aubusson), *XII Tabularum leges*; — *jurisprudentia vetus* (in-12, 1559). Son ouvrage, comme il l'indique lui-même, fut inspiré par celui de Beaudoin, qui n'avait pas encore publié sa troisième édition, et pour combler les lacunes laissées par ce dernier ; *Quia multas ab eo prætermissas deprœhendi* (p. 202) ;

3° JACQUES RÆVARD (de Bruges), disciple de Cujas et professeur à Douai ; il a déployé dans son commentaire *ad leg. XII Tab.* une grande connaissance de l'antiquité. Lipse l'appelait le *Papinien des Pays-Bas*; il est mort comme le jurisconsulte de Rome à trente-quatre ans (1568) ;

4° CHARONDAS, CATALOGUS *legum antiquarum* d'Ulrique Zasius, avec notes (1567—1578). L'auteur français a joint aux notes sur les XII Tables et les lois postérieures un livre d'*antiquités romaines*, où se trouvent de judicieuses observations, notamment sur les Centumvirs ;

5° CRISPINUS ; *juris civilis Rom. initia et progressus ad leges XII Tabul.* (1578). Ce n'est pas un commentaire nouveau, mais un résumé des travaux antérieurs ; il reproduit notamment ceux de J. Oldendorpius, de Hambourg (mort en 1567), dont le commentaire avait de la réputation ;

6° JAQ. GODEFROY (*legem Tabularum fragmenta, nunc primum tabulis restituta*); ses commentaires, comme sa collection de textes, ont effacé les travaux de ses devanciers et préparé ceux de GRAVINA, de POTHIER, de BOUCHAUD, qui clôt la liste des commentateurs modernes par une œuvre non proportionnée aux travaux antérieurs, aux besoins de la science du XVIIIe siècle, et peut-être au sujet lui-même, malgré toute son importance.

Nous ferons ici une remarque qui se rapporte aux indications précédentes :

1° Le travail d'Aymar du Rivail a servi de point de départ aux travaux du XVIe siècle sur la Loi des XII Tables ;

2° L'œuvre de Jacques Godefroy a servi de base à tous les historiens et commentateurs des XVIIe et XVIIIe siècles;

3° La compilation de Dirksen, qui s'est enrichie des fragments révélés par la découverte de Gaius et de la République de Cicéron, servira de point de départ aux travaux du XIXe siècle sur la Loi que J. Godefroy appelait « le fondement de tout le droit romain, la source de tout le droit public et privé[2]. »

Nous reprenons cette série nouvelle d'explications du droit des XII Tables, mais sous une forme toute différente des commentaires, sous la forme d'une exposition historique et théorique, la seule qui puisse convenir à la nature de notre livre.

---

Avant la Loi des XII Tables, les mœurs de Rome, les lois, les traditions, composaient dans leur ensemble un droit obscur, incertain, mystérieux, soumis à l'influence exclusive des pontifes et des patriciens (*jus pontificium*).

Il existait, à la vérité, un recueil de Lois royales, fait par Sext. Papirius, que Pomponius place sous le règne de Tarquin le Superbe. Ce recueil, appelé *Jus papirianum*[3], renfermait les lois de Romulus, les lois sacrées de Numa, et les lois Curiates ou rendues par les Curies de Rome sur la proposition des rois. Mais ces lois avaient perdu leur autorité après l'expulsion des Tarquins, et d'ailleurs elles devaient concerner principalement les cho-

2 Lex XII Tabularum fondamentum totius juris romani, fonsque omnis juris publici privatique. (*Jac. Gothof., Hist. Jur. Rom.*, ch. 2.)

3 *Vel Jus civile papirianum.* (Pomponius., de Orig. J., § 2.)

Paul dit : *de Jure papiriano.* (*D. de Verb. Signif.*, l. 144.)

M. Daunou a fait une dissertation sur le *Jus papirianum*, qui est insérée au 7e vol. de la Thémis.

ses du culte[4]. Le droit privé restait donc livré à l'incertitude de règles obscures (*jus in latenti*).

Les Plébéiens, qui avaient pris, avec les Tribuns, une grande place au forum après la révolution du Mont-Sacré, et qui se voyaient exposés cependant à l'arbitraire des Patriciens, seuls interprètes de la coutume, réclamèrent vivement la fixité, la publicité de lois écrites. Les réclamations incessantes du tribun Terentilius furent longtemps ajournées par la force d'inertie du sénat. La loi Terentilia, de l'an 292, pour la formation d'une Commission législative, ne fut exécutée qu'après huit ans de combats contre la résistance passive que lui opposaient les patriciens. — Des Commisaires cependant furent choisis, dans leur Ordre, vers l'année 300, pour les travaux préparatoires. Selon Tite-Live et Denys d'Halicarnasse, une députation fut envoyée en Grèce, au nom du Sénat, pour s'instruire des lois célèbres d'Athènes et de Lacédémone, et s'informer des mœurs de diverses républiques, soit de la Grèce, soit des parties de l'Italie appelées la Grande-Grèce. Vico a révoqué en doute le fait de la députation, et s'est fondé principalement sur ce que Rome ne connaissait pas encore la Grèce. Il suppose que la guerre avec Pyrrhus et les Tarentins, à la fin du v^e^ siècle, a révélé la Grèce à Rome, et lui a permis de voir au delà de l'Ita-

4 Paul nous apprend (*de Verb. Signif.*, *Dig.*, *l.* 144), que Granius Flaccus avait fait un livre de *Jure papiriano :* et l'on trouve ce Granius Flaccus compris dans les attaques dirigées par Arnobe contre le paganisme (*adversus Gentes*, lib. III.) Ce qui peut prouver que l'œuvre *de Jure papiriano* se rattachait au Culte païen. Au XVI^e^ siècle, Baudouin a voulu reconstruire les lois de Romulus, travail qui a peu de valeur. (*Jurisp. Att. et Rom.*, t. 3.)

lie[5]. Cette opinion est complètement détruite par la certitude d'un traité fait, au milieu du IIIe siècle, entre les Romains et les Carthaginois, et rapporté par Polybe[6]. Rome, qui connaissait déjà, en 244, la Sicile et Carthage, ne devait pas ignorer, vers l'année 300, l'importance politique de la Grèce, ni la renommée des lois de Lycurgue, qui existaient depuis quatre cents ans, ou celle des lois de Dracon et de Solon, qui existaient depuis environ cent cinquante ans[7]. — La députation du sénat est donc une mesure très-vraisemblable.

Toutefois, un rapprochement omis par Vico, et qui touche au fond du Droit civil, repousse l'idée d'emprunts faits aux lois de la Grèce sur les points les plus essentiels : ce rapprochement est relatif à la constitution de la cité et de la famille.

A Rome, le droit de cité appartenait exclusivement aux citoyens romains, et les étrangers étaient exclus de toute participation au droit civil : *Adversus hostem æterna auctoritas esto.* — Athènes, au contraire, offrait le droit de cité aux étrangers : une loi voulait que les étrangers

5 M. Michelet regarde l'opinion comme douteuse ; mais il ne la repousse pas entièrement dans son Histoire de la Rép. rom., 1. 304.

6 Polybe, III. 23-24. t. 4. p. 26 (éd. Folard). Nous en avons parlé dans notre chap. 1er.

7 La législation de Lycurgue remonte à l'an 845 avant J.-C., ou 92 ans avant la fondation de Rome.

Les lois de Dracon sont de l'an 624 avant J.-C., ou de l'an 128 ou 130 de Rome.

Les lois de Solon sont de l'an 594 avant J.-C., ou de l'an 158 ou 160 de Rome.

Servius Tullius avait connu certainement les lois de Solon sur la Constitution athénienne. (Voir notre chap. 1er.)

venus à Athènes pour y habiter fussent compris, après un court délai, parmi les citoyens : *Intra breve tempus in cives cooptantor*. — C'est là certainement, dans la constitution de la Cité romaine et de la Cité grecque, une différence caractéristique [8]. — A Athènes, le jeune homme de vingt ans était inscrit parmi les citoyens et devenait chef de famille, indépendant de son père. La femme apportait une dot à son mari, et conservait une certaine indépendance; le divorce était facile et réciproque : la femme pouvait accuser le mari, aussi bien que le mari accuser la femme [9]. A Athènes, enfin, le père famille ne pouvait pas tester au préjudice de ses enfants. Liberté pour la femme et les enfants, négation ou enchaînement de la puissance paternelle, tel était l'esprit de la famille grecque. — La famille romaine, au contraire, avait pour loi fondamentale la soumission à la puissance de l'aïeul, du père, du mari; et le droit absolu de tester se liait à l'exercice de l'autorité paternelle.

Ce contraste sur l'esprit de la cité et de la famille, sur l'organisation de la puissance paternelle ou maritale, et

8 Samuel Petit, in Leges atticas, lib. II. t. 3 :
« Advenæ qui Athenas habitandi causa commigrarunt, intra breve » tempus in cives cooptantor. »
Aristophane rappelle cette loi, *Guêpes*, v. 716.
La loi de Solon sur l'acquisition du droit de cité modifia l'ancien droit, d'après lequel aucune condition n'était imposée pour être citoyen; il suffisait de s'établir en Attique (*Thucyd.*, 1. § 2); d'après la loi de Solon, il fallait se fixer à Athènes avec toute sa famille, et y exercer au moins un métier. (*Pastoret, Hist. de la Législ.*, t. 6. p. 177).

9 Le mari rendait la dot ou payait une pension (*Loi de Solon.*) La femme était obligée de comparaître elle-même devant les juges, et de présenter sa requête. (*Plutarque, vie d'Alcib.—Montesquieu*, XVI. 16.)

sur le droit de succession, prouve évidemment que l'origine des XII Tables a été vraiment romaine. Des lois grecques furent connues et employées ; car le Sénat éleva une statue au grec Hermodore, qui en avait traduit dans l'idiôme latin. Mais le droit civil des XII Tables, fidèle au caractère originel de Rome, a dû nécessairement reproduire la vie intime et les mœurs de la cité, la constitution préexistante de la famille, de la propriété, de l'hérédité, des obligations et conventions entre citoyens. C'est d'elle-même, de ses éléments natifs, de son origine étrusque et latine, de ses traditions pélasgiques ou orientales, que Rome, renfermée dans un étroit territoire, pouvait tirer la racine et les principes de son droit civil. L'originalité et la supériorité du droit civil de Rome étaient si bien reconnues par Cicéron, qu'il disait aux Romains, avec une sorte d'orgueil national : « Vous comprendrez très-»facilement combien nos ancêtres l'ont emporté en sa-»gesse sur les autres nations, si vous voulez comparer nos »lois avec les lois de Lycurgue, de Dracon et de Solon : »la distance entre elles est infinie[10]. »

Les Décemvirs, chargés de rédiger la loi des XII Tables, furent élus, la première fois, parmi les patriciens. Dix Tables de loi furent gravées et exposées aux regards des citoyens dans la première année du Décemvirat ; elles furent approuvées par un décret du Sénat et par tout le

10 « Quantum præstiterint nostri majores prudentia ceteris gentibus, facillime intelligetis, si cum illorum Lycurgo, et Dracone, et Solone nostras leges conferre volueritis. — *Incredibile* est enim, quam sit omne jus civile, præter hoc nostrum, *inconditum* ac *pœne ridiculum*. (*Cic.*, *de Orat.*, I. 44.)

peuple assemblé en centuries [302]. L'année suivante, Appius Claudius, le principal rédacteur de la loi, proposa et fit accepter deux Tables nouvelles, où se trouvait profondément marquée, dans l'ordre civil, la séparation des classes patricienne et plébéienne par la prohibition des mariages entre les membres des deux Ordres; et cependant Appius Claudius, réélu décemvir, était alors entouré de collègues plébéiens[11] !

La Loi fut promulguée l'an 303 de Rome; le vœu primitif du peuple et des tribuns fut accompli. — La Loi des XII Tables, publiée quarante ans après la révolution plébéienne du Mont-Sacré, n'était pas et ne pouvait pas être le Code absolu du patriciat. L'esprit patricien s'y révèle par la prohibition des mariages mixtes, par des dispositions rigoureuses contre les débiteurs, contre les étrangers : mais les citoyens y trouvaient leurs garanties générales; et long-temps après l'affaiblissement du patriciat, les XII Tables étaient regardées par les jurisconsultes romains comme la source du droit public et privé; « source bien supérieure, disait Cicéron, dût-on en frémir autour de lui, *fremant omnes licet*, source bien supérieure par l'autorité, l'utilité, la fécondité, à tous les livres de philosophie[12]. »

11 Cic., de Rep., II. 37. Duabus Tabulis iniquarum legum additis. — Appius avait usé de son ascendant sur le peuple romain, pour se faire nommer des collègues plébéiens, soumis à son influence. — Tit. Liv., III. 32. 33.

12 Fremant omnes licet, dicam quod sentio. Bibliothecas me Hercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII Tabularum libellus, *si quis legum fontes et capita* videret, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare ! (*Cic.*, *de Orat.*, I. 44. — *Dig.*, I. 2. § 5. 6.)

# CHAPITRE IV.

## LE DROIT DES XII TABLES DANS SON APPLICATION AUX OBJETS GÉNÉRAUX DU DROIT PRIVÉ.

---

(1re PÉRIODE DE L'ÉPOQUE ROMAINE.)

En exposant le droit des XII Tables, on ne doit pas limiter le sujet à la Loi elle-même, aux fragments qui en ont été recueillis; mais on doit l'étendre aux éléments accessoires qui sont nés directement de l'application de la loi fondamentale, c'est-à-dire au DROIT NON-ÉCRIT résultant de l'interprétation des Prudents, et AUX ACTIONS DE LA LOI, qui furent composées vers la même époque. Ces trois parties réunies formèrent le droit civil des XII Tables, *et eodem tempore*, dit Pomponius, *tria hæc jura nata sunt*. Aussi, le premier jurisconsulte romain qui ait écrit un livre sur le droit civil, SEXTUS ÆLIUS, l'avait-il intitulé TRIPERTITA, parce qu'il avait ce triple objet : la Loi, l'Interprétation, les Actions de la loi. C'est aux trois sources primitives que nous puiserons notre exposition.

Le Droit des XII Tables embrasse cinq éléments :

La CITÉ;
La FAMILLE;
La PROPRIÉTÉ et les MOYENS D'ACQUÉRIR;
Les OBLIGATIONS;
L'INSTITUTION JUDICIAIRE et les ACTIONS.

Il comprend ainsi, dans la puissance de son unité,

l'ensemble des objets qui constituent la matière du droit public et privé chez toutes les nations civilisées; car la Cité, comme nous l'avons dit dans notre Introduction, est une notion complexe à laquelle se rattache l'ordre politique, religieux et civil.

Nous avons, dans le premier chapitre, exposé les institutions politiques de la Cité romaine; nous la considérerons maintenant, dans le droit des XII Tables, au point de vue du Droit privé.

## SECTION Ire.

### LA CITÉ.

---

SOMMAIRE.

I. — *Éléments constitutifs de l'état des citoyens.*
II. — *Ingénus. — Affranchis. — Étrangers.*
III. — *Clients. — Patrons.*
IV. — *Perte des droits de citoyen.* — INTERDICTIO AQUÆ ET IGNIS. — *Exil avant le jugement; ses effets sur le droit de cité.*
V. — *Romain prisonnier de guerre.* — Jus postliminii.
VI. — *Personnes* sui juris *et* alieni juris. — Transition.

I. — Dans l'état de citoyen romain se trouvaient réunis trois éléments : la Liberté, la Cité, la Famille.

La *Liberté* était le fondement nécessaire de tous les autres droits : si le citoyen perdait la liberté par son crime, il perdait nécessairement tous les droits qui constituaient son état civil; c'était, en langage technique, la grande diminution de tête[1].

1 Maxima vel magna capitis deminutio.

Mais la *Cité* aussi était le fondement de tous les droits du citoyen romain : s'il perdait la cité, il perdait donc tous ses droits, même ceux de père de famille, de fils de famille, car il n'était plus Romain[2]. C'était encore un grand changement d'état.

Si le Romain, au contraire, conservait la qualité de citoyen, et que seulement il s'opérât un changement dans *ses droits de famille* par l'adoption, l'adrogation, l'émancipation, il n'y avait en lui qu'un petit changement d'état. Cette modification était assez grave pour entraîner un renouvellement de personne civile, de famille, de propriété. Ainsi, l'adopté sortait de sa famille naturelle et tombait sous la puissance paternelle du père adoptif; ainsi, l'adrogé, *sui juris*, sa femme, ses enfants, tombaient sous la puissance de l'adrogeant; ses biens changeaient de maître, ses obligations personnelles étaient éteintes, d'après le droit des XII Tables, et son testament infirmé. Ainsi, l'émancipé, mis hors de la puissance paternelle, était placé en dehors de la famille, il perdait ses droits d'agnation, de gentilité, d'hérédité légitime; il devenait le chef d'une famille nouvelle, le maître d'une nouvelle propriété. Mais ces graves modifications dans l'état de la famille ne touchaient pas à la qualité essentielle, celle de Citoyen. Le Romain, en conservant sa qualité de citoyen, conservait son état fondamental (*caput*, *status*); car la cité supposait nécessairement la liberté; et, dans ce sens, Ulpien disait : La petite diminutien de tête a lieu sans que l'état des personnes se perde, *salvo statu*[3]. Aussi les jurisconsultes ne

2 Gaius, I. § 128. Ex numero civium Romanorum tollitur.

3 D. XXXVIII. — 17-1. § 1.

considéraient souvent la *deminutio capitis* que sous deux rapports, *magna* et *minor*[4]. Cependant la division tripartite (*maxima, media, minima*) avait été le plus généralement adoptée comme répondant aux trois éléments de l'État des personnes, la liberté, la cité, la famille, et comme renfermant en elle toutes les *questions d'état* : c'est celle de Gaius et de Paul, qui a passé dans les Institutes de Justinien[5].

II. — Dans les premiers temps, le droit civil de Rome ne connaissait pas de situation intermédiaire entre la condition de *citoyen* et celle d'*esclave*. Tous les affranchis étaient citoyens : les affranchis *déditices* et *latins-juniens* sont du siècle d'Auguste et de Tibère. Cependant, parmi les citoyens on distinguait les *ingénus* et les *affranchis*. La distinction entraînait des conséquences non seulement dans l'ordre politique, comme on l'a vu par la classification des Tribus, mais dans l'ordre purement civil, pour les prohibitions de mariage et les droits de gentilité.

Les peuples vaincus que Rome transportait dans son enceinte, ou dans les limites du territoire composant l'*ager romanus*, étaient faits citoyens romains par une naturalisation *collective;* mais on ne pratiquait pas encore la naturalisation comme concession *individuelle*.

L'Étranger, qualifié d'abord comme l'ennemi (*hostis*), n'avait pas de droit propre et reconnu ; il ne pouvait en obtenir qu'en se plaçant, comme client, sous le *patronage* d'un patricien.

III. — Le patronage formait dans la cité romaine une

4 D. XXXVIII. — 16-1. § 4. Ulp.
5 Gaius I. § 159.
Paul, D. VI. — 5-11 Inst. I.-16.

institution surtout politique; mais il produisait aussi des effets importants dans l'ordre civil.

Chaque plébéien avait le choix de son patron parmi les patriciens. Les clientelles étaient *héréditaires*, caractère très-remarquable. Le droit attaché aux descendants du Patron s'étendait sur la famille du Client; celui-ci ne pouvait changer de patronage, que dans le cas où le patron mourait sans enfants ni descendants.

Des obligations mutuelles dérivaient de cette belle institution, dont l'origine se confond avec celle de Rome, et qui dura plus de six cents ans sans aucune altération. Le patron devait faire connaître à ses clients leurs droits, et les représenter en justice; il devait prendre soin des intérêts du client présent ou absent, l'aider de son argent, si le client était pauvre, et pourvoir à l'éducation des enfants. Le patron, possesseur de terres dépendant de la République, les donnait à cultiver à des clients, à charge de redevance[6]. — Les clients, de leur côté, devaient concourir à payer la rançon du patron et de ses fils tombés en captivité, à le libérer de ses dettes et des peines pécuniaires prononcées contre lui. Ils devaient soutenir le patron de leurs suffrages dans les comices, de leur argent pendant l'exercice des charges dont il était revêtu. L'obligation mutuelle entre le patron et le client était si étroite et si sacrée, que dans le respect du client, le patron occupait, disait Caton, le premier

6 Cic., de Off., II. 24. Rem publicam augeant agris, vectigalibus. Tit. Liv., IV. 36. Et vectigali possessoribus agrorum imposito.

F. Baudouin, dans son Essai sur les Lois de Romulus, en avait tiré cette loi, *agros plebei colunto*: l'expression de la loi était imaginée par le collecteur; mais l'usage existait. (*Collect. leg. Attic. et Rom.*, t. 2.)

rang après le père[7]. Aussi le patron et le client ne pouvaient-ils s'accuser ni rendre témoignage l'un contre l'autre, et la Loi des XII Tables vouait à l'exécration publique et aux Dieux infernaux le patron qui aurait trompé son client : PATRONUS SI CLIENTI FRAUDEM FACIT, SACER ESTO[8].

L'institution du patronage avait, de plus, dans les premiers siècles, ce caractère essentiel en droit civil, qu'elle était propre à servir de lien entre les citoyens et les étrangers : ceux-ci pouvaient être reçus parmi les clients. Membres de la clientelle, ils se produisaient dans la Cité sous le nom du patron, et ils pouvaient indirectement, à la faveur de ce nom, exercer certains droits et obtenir justice ; la création du Préteur des *étrangers* [en 507], rendit superflu devant les tribunaux cet emprunt du patronage[9]. — Au reste, lorsque l'étranger, placé dans la clientelle d'un citoyen, résidait et mourait à Rome, il y avait sur ses biens, au profit de son patron, un droit d'application, *jus applicationis*, dont Cicéron nous a conservé la trace positive, et qui pourrait présenter quelque analogie avec le DROIT D'AUBAINE de la féodalité[10].

IV. — La condition d'homme libre et celle de citoyen

7 Aulu-Gell. V. 13. *Patrem primum, posteà patronum proximum nomen habere.*

8 Tab. VIII. 21. (Éditions de MM. Dirksen, Giraud et Blondeau.)

La formule *sacer esto* est *la mise hors la loi.*

Du temps de Virgile, la réprobation n'avait rien perdu de sa force contre le patron.... *Si fraus inexa clienti.* (*Eneid.*, VI. 80.)

9 Niebuhr, Hist. rom., II. 401, note 502 :

La clientèle *italique* devenant redoutable, on créa le *Préteur des étrangers.*

10 Cic., de Orat., I. 39.

Quod item in centumvirali judicio certatum esse accepimus qui Ro-

se confondaient dans l'intérieur de la Cité. La Loi pénale, dans certains cas, prononçait la peine de mort contre un citoyen jugé par l'Assemblée du peuple; ou d'un citoyen coupable, et condamné à une peine perpétuelle (*metallis*), la Loi faisait un esclave, *servus pœnæ*. Elle ne pouvait pas faire directement d'un *citoyen* un homme libre *non-citoyen*; car cette condition intermédiaire entre l'esclave et le citoyen n'existait pas dans le droit primitif de la Cité. Elle ne pouvait pas, d'un autre côté, transformer un citoyen romain en étranger; car l'*extranéité* est un fait naturel de naissance, ou d'existence volontaire en dehors d'une cité. Que pouvait donc la loi? — Déterminer par ses mesures un citoyen à renoncer à sa patrie, à se rendre lui-même *étranger* pour conserver sa vie : de là l'interdiction du toit, de l'eau et du feu, *interdictio tecti, aquæ et ignis*. L'ordre du peuple n'enlevait pas au citoyen sa qualité, son droit de cité, inséparable de sa personne civile; mais l'interdiction de l'eau et du feu lui rendait la vie impossible dans la Cité[11]. Privé des moyens d'existence physique dans Rome, le citoyen s'exilait pour vivre, et devenait membre d'une autre Cité. Or, nul ne pouvait, selon le droit civil, être citoyen de deux cités : *Ex nostro jure duarum civitatum nemo esse potest*[12]. Le Romain devenait donc étranger à la so-

mam in exilium venisset, cui Romæ exsulare jus esset, si se ad aliquem *quasi patronum* applicuisset, intestatoque esset mortuus, nonne in ea causa *jus applicationis*, obscurum sane et ignotum, patefactum in judicio atque illustratum est a patrono?

11 Civitatem nemo unquam ullo populi jussu amittit invitus; id autem, ut esset faciendum, non ademptione civitatis, sed tecti, aquæ et ignis interdictione faciebant. (*Cic., pro domo sua*, cap. 29. 30.)

12 Cic., pro Cæcina 34.

Il ajoute : « ......Amittitur hinc civitas, quum is qui profugit receptus est in *exilium*, hoc est, in ALIAM CIVITATEM. »

ciété romaine par son propre fait; il perdait son état, sa tête de citoyen; et, par ce motif, l'exil, quoique laissant la vie et la liberté à l'individu, était considéré dans ses effets civils, par Labéon, comme la condamnation capitale[13].

La mort, l'interdiction de l'eau et du feu étaient prononcées par le jugement du peuple; mais l'exil n'était pas une peine infligée par sentence. Il s'offrait, dans les mœurs romaines, comme une ressource, comme un asyle contre un châtiment imminent. Les citoyens, après l'accusation et pendant le procès, étaient libres de s'exiler, afin d'éviter les cachots, la mort, l'ignominie. C'était un refuge nécessaire dans une république, où les condamnations pouvaient être arrachées aux juges par les passions populaires, par la vengeance des partis. L'exil était alors vraiment l'autel du salut, CONFUGIUNT IN EXILIUM QUASI AD ARAM, disait Cicéron, qui avait eu besoin aussi de l'autel protecteur[14]. — Cet exil volontaire, qu'une loi seule pouvait faire cesser, produisait pendant sa durée les effets civils de l'*interdictio aquæ et ignis* après jugement. Cicéron, rappelé de l'exil par le vœu formel des Comices, fut obligé de plaider à son retour *pro domo sua* [696], et pour la restitution de ses biens incorporés au domaine public[15].

V. — Le Romain prisonnier de guerre était immédiatement privé, non de sa qualité de citoyen, mais de l'exercice de ses droits; sa capacité était suspendue. En rentrant dans la Cité, il était censé n'en avoir pas été séparé;

13 Labeo existimat capitis accusationem eam esse cujus pæna mors aut exilium esset. (*D.*, XXXVIII. — 14.-10.)

14 Cic., pro Cæcina, 34. Maleficium nullum exilio multatum.

15 Cic., pro domo sua, cap. 18, et Epist. ad Attic., IV. 1.

il reprenait tous ses droits par le *Jus Postliminii*. Mais s'il mourait prisonnier de guerre, il mourait incapable : le jour où il avait perdu la liberté, il était présumé avoir perdu tous les droits de la Cité. Régulus, captif, n'est plus sénateur, époux ou père, même quand il reparaît à Rome, libre sur parole [503]; de retour à Carthage, il meurt incapable, *capitis minor*, disait Horace[16] : c'était là le droit des XII Tables, sévère, mais conséquent au principe qui attachait tous les droits à l'existence dans la Cité.

A la fin du VII<sup></sup>e siècle, en 686, la loi Cornelia créa une fiction généreuse : le citoyen mort prisonnier de guerre fut réputé mort dans la Cité[17]. — Le temps de la captivité s'effaçait; le jour du combat et le jour de la mort ne faisaient qu'un; le citoyen mourait *integri statûs*, comme sur le champ de bataille; son testament antérieur était valable : expirant loin de Rome, il savait qu'à Rome sa volonté serait sacrée pour la Cité, pour la famille.

VI. — Toutes les distinctions qui viennent d'être successivement marquées concernent principalement la Cité. Il en est une qui tenait directement à la famille, à la situation personnelle et respective de ses membres : les uns étaient *sui juris*, les autres *alieni juris*; ce qui nous conduit historiquement et théoriquement à la constitution de la famille romaine et de la *gens*, d'après la loi des XII Tables.

16 « Fertur pudicæ conjugis osculum
» Parvosque natos ut *capitis minor*
» A se removisse. » (*Od. Horat.*)

*Cic.*, *Off.* III. 27. Non esse se senatorem.

17 Ex lege Cornelia quæ perinde successionem ejus confirmat, atque si in civitate decessisset. (*Ulp.*, *Reg.* 23. § 5.)

## SECTION II.

### CONSTITUTION DE LA FAMILLE ROMAINE ET DE LA *GENS*.

---

### SOMMAIRE.



C'était vraiment la FAMILLE ROMAINE, et l'on ne peut bien l'expliquer qu'en remontant jusqu'à la notion de la CITÉ.

Le mariage, à Rome, n'est pas l'unique cause de la famille. L'adoption fait passer un fils de famille de la puissance du père naturel sous la puissance du père adoptif; l'adrogation fait passer un citoyen maître de ses droits, avec ses propres enfants, sous la puissance paternelle de l'adrogeant. Trois causes concourent donc à la formation de la famille romaine; mais la puissance paternelle est le principe uniforme qui s'y rattache. Cette puissance, à la-

quelle s'unissent les divers éléments de la famille, n'est pas seulement celle qui dérive de la nature ou du Droit des gens, elle est déclarée UN DROIT PROPRE AUX CITOYENS ROMAINS, JUS PROPRIUM CIVIUM ROMANORUM; et c'est la Cité elle-même qui intervient dans l'adoption, par l'autorité du magistrat; dans l'adrogation, par la solennité des comices, pour opérer, en faveur d'un citoyen, le transport ou la création de la puissance paternelle[1]. La Cité, par conséquent, domine la puissance paternelle, et par le caractère ABSOLU qu'elle lui imprime en dehors du droit naturel, et par l'attribution qui en est faite à des citoyens, en dehors du mariage[2].

Ainsi, le mariage n'est pas, dans le droit des XII Tables, le fondement de la famille; c'est la PUISSANCE PATERNELLE; — mais la puissance paternelle ne devient la base de la famille romaine que parce qu'elle se lie au droit spécial et à la puissance de la CITÉ.

II. — Le *consentement* fait le mariage entre un citoyen et une femme romaine : enfants de la même Cité, ils ont le *jus connubii*[3], sauf les empêchements tirés de la parenté naturelle ou adoptive, et de l'inégalité des conditions de

1 Imperio magistratus. — Populi auctoritate.
Gaius, I. §§ 98, 99, 134.

2 Fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus. Gaius, I. § 55.
La restriction *fere* est à remarquer pour l'histoire du droit. Il nous sera facile d'en faire l'application au *Droit Celtique* (*infra*, liv. II. ch. 2.)

3 Il fallait que le *connubium* existât entre le mari et la femme; autrement le fils suivait la condition de sa mère : par exemple, si un citoyen avait épousé une étrangère. (*Gaius*, I. § 67.)

patriciens et de plébéiens, peut-être d'ingénus et d'affranchis[4]. — Par le consentement, il y avait engagement pour toute la vie (*consortium omnis vitæ*); mais il n'y avait pas nécessairement participation de la femme à la religion du foyer domestique de l'époux et aux droits de la famille : cette participation résultait des modes de célébration ou d'exécution du mariage.

Des rites symboliques pouvaient accompagner le contrat, en lui-même purement consensuel[5]. La *confarréation* faite avec plusieurs cérémonies et des paroles solen-

4 Cette prohibition de mariage entre les ingénus et les affranchis, si elle existait, résultait du droit non-écrit. Elle paraît à quelques-uns prouvée, 1° par le sénatus-consulte sur les Bacchanales [an 568], où le sénat, pour récompense, permit à l'affranchie Fecetia Hispala d'épouser un ingénu, UT EI INGENUO NUBERE LICERET (*Tit. Liv.*, XXXIX. 19) : mais Hispala n'était pas seulement affranchie ; elle était courtisane, et l'exemple doit s'appliquer à l'empêchement d'honnêteté publique;

2° Par la loi Julia, *de maritandis ordinibus*, qui restreint la prohibition ancienne aux sénateurs et à leurs descendants (*Dig.* XXVIII. 2.44), et surtout par la loi Pappia Poppæa, qui permet le mariage *omnibus ingenuis.* — (V. *infrà*, p. 213, not. 1.)

5 La *tradition* de la femme, qui résulte, soit de la *translation* de la femme dans la maison du mari, *deductio uxoris*, soit de la présence nécessaire de la femme pour exprimer son consentement, *in præsenti*, a paru au savant auteur du Commentaire historique des Institutes (M. Ortolan) une raison suffisante pour donner au mariage le caractère d'un *contrat réel* (t. 1, tit. *de nuptiis*); mais la *déduction* de la femme au domicile n'est qu'un mode d'exécution ou un *mode de preuve* du mariage, que les lois exigèrent en certains cas déterminés, comme le fait observer très-justement J. Godefroy, à l'occasion d'une loi qui exige cette condition dans le Code théodosien.

« Il faut, dit-il, noter cela comme singulier, savoir, qu'ici la loi re-
» garde comme épouse celle seulement qui a été introduite ou conduite
» dans la maison du mari. Certes, cette *déduction* dans la maison de
» l'époux n'était pas requise pour constituer le mariage, *uxoris in*
» *domum mariti deductio ad constituendum matrimonium.... non requi-*

nelles, en présence de dix témoins, exprimait symboliquement, par le gâteau sacré de fleur de froment, de sel et d'eau, l'union de la sagesse et de la pureté; elle était suivie dans les familles patriciennes, destinées à donner aux autels une postérité sacerdotale, et s'observait

» *rebatur*. Cela est assez prouvé par la loi 22, au Code Just., *de nup-* » *tiis;* la loi pénultième au Dig. *de donat int. vir. et uxor.*; par la règle » vulgaire *solo honore maritali et affectu nuptias constitui* (L. 11, » *Cod. Just., de repudiis, Nov.* 22. cap. 3. — 74. cap. 4.), cet honneur » marital qu'une loi qualifie de *plenus honor* (*Dig. de his quæ ut in-* » *dignis*, L. 16 § 1.) Cependant il arrivait plusieurs fois que la vo- » lonté de l'un et de l'autre époux n'était bien connue que par cette » action du mari de conduire la femme au domicile conjugal; et cela » était même *requis en certains cas*, de peur, ou que la *preuve* ne » manquât autrement, ou qu'il ne se fît *quelque fraude;* par exemple, » dans l'espèce de la présente loi (*Cod. Th.*, VII. 12. 6) et de la loi 5, » au Dig. *de riptu nupt.*, qui parlent du mariage comme d'une condition » qui devait être accomplie. Dans ces cas et d'autres, où l'intérêt public » est engagé, il ne suffit pas d'alléguer l'intention seule (*nudus affec-* » *tus*) que quelques-uns pourraient facilement feindre par le men- » songe; mais la preuve complète est requise (*plena probatio requi-* » *ritur*); preuve qui ne peut résulter d'un fait autre ou plus certain » que cette circonstance, savoir, que l'épouse a été conduite dans le » domicile de son mari. » (*Cod. Th. Comm.* VII. 12. 6. Tom. 2, p. 378, édit. Ritter.)

Quant *à la présence* de la femme pour exprimer son consentement, elle tient à la nature même du contrat, et à la situation de la femme dans la cité romaine. Pour la femme toujours placée, d'après l'ancien droit civil, sous la puissance du père et la tutelle testamentaire ou légitime, il fallait, dans un acte aussi essentiel que le mariage, l'expression du consentement personnel de la future. Le père et le tuteur ne pouvaient exprimer que leur consentement propre; mais ce n'était qu'une adhésion au contrat, et non le contrat. *Le consentement même des époux faisait le mariage*, à ce point qu'en droit romain le père ne pouvait faire annuler le mariage contracté sans son aveu. Il fallait donc la certitude du consentement, de la part de la personne placée sous l'autorité d'autrui, et de là l'indispensable présence de la femme.

encore, du temps de Gaius, pour les Flamines majeurs.[6] —La *Coemption* représentait l'achat de la femme romaine par le citoyen qui voulait l'acquérir pour épouse, et qui employait la forme solennelle de la mancipation[7]. — Sous la solennité de ces deux formes symboliques qui indiquent la supériorité de la sagesse ou du pouvoir de l'homme, le mari obtenait sur sa femme la puissance absolue, MANUS. L'épouse alors était qualifiée MATER-FAMILIAS. — Un troisième mode, le plus simple et peut-être le plus ancien, c'était l'habitation de la femme au domicile du mari, *Usus*, en exécution du contrat[8]. Si la première année s'était écoulée sans interruption de co-demeurance, il y avait puissance absolue du mari, *manus* : la femme était comme *usucapée*, par la possession annale[9]. Si, chaque année, elle interrompait l'usucapion par une absence de trois nuits, elle ne tombait pas *in manu mariti ;* la Loi des XII Tables lui donnait le droit d'interruption[10]. Il y

6 Gaius, I. § 112. —Tacit., Ann., IV. 16.—Plin., Hist. nat., XVIII. cap. 3.

7 Présents, cinq témoins, citoyens romains, le *libripens*, l'HOMME et la FEMME entre lesquels se fait la coemption. (*Gaius*, I. § 113.) — La *coemptio* était une coutume que l'on retrouve dans les plus anciens usages des Indes. (*Strabon*, lib. XV.)

8 Gaius indique ce mode avant les deux autres : Olim..... usu, farreo, coemptione, I. § 410.

9 Velut annua possessione usucapiebatur. (*Gaius*, I. § 3.)

La possession annale a joué un grand rôle aussi dans notre droit coutumier. En beaucoup de coutumes, la communauté n'existait qu'après l'an et jour du mariage.

10 Lege duodecim Tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in *manum* mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet. (*Gaius*, I. § 3.)

avait alors *mariage libre*. L'épouse était appelée UXOR ou MATRONA [11] : les enfants étaient également légitimes.

La femme, d'après les anciens modes de célébration ou d'exécution, et conformément à la sévérité des mœurs romaines, dans les premiers siècles, tombait le plus souvent *in manu* [12]. Par l'effet de cette puissance, elle passait dans la famille du mari, elle partageait le culte des dieux domestiques, *sacra domûs;* elle avait, par rapport au mari, le rang et les droits de sa fille[13] : il y avait communication du droit divin et humain[14]; et c'était là encore, dit Gaius, un droit propre aux citoyens romains [I. § 108]. La femme romaine, qui avait interrompu la cohabitation annale, restait dans sa famille originaire, sous la puissance paternelle ou sous la tutelle des agnats.

Pour l'un et l'autre cas, il n'y a, dans les fragments de la loi des XII Tables, aucune trace de la dot; mais cela s'explique facilement. La situation la plus générale était

11 Cic., Topic. — 3. Aulu-Gell., XVIII. 16.

12 Quintilien (*Institutiones*, lib. I. cap. 7) attribue la loi à Romulus. — Denys d'Halicarnasse dit que, dans les premiers temps, la femme était toujours soumise à la *manus*. (Liv. II. ch. 25.)

13 La femme pouvait être *in manu*, seulement pour les *sacra domus*, et non sous un autre rapport : Quod vero ad cætera perinde habeatur atque si *in manum* non convenisset. (*Gaius*, I. § 136.)

Filiæ locum obtinebat.... placuit eam filiæ jus nancisci. (*Gaius*, I. § 115.)

14 Cette admirable définition de Modestinus : « Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ, *divini atque humani juris communicatio* (*D.* XXIII, 2. 1.), » suppose la communication du culte domestique qui résultait du mariage, dans les premiers temps, et qui s'était encore maintenue au IIIe siècle de l'Empire, comme tradition du passé; mais elle a, de plus, un sens très-élevé pour la philosophie du droit romain.

celle de la femme placée *in manu mariti* : ce qui appartenait à la femme était alors acquis au mari ou au père de celui-ci, par droit de puissance et à titre universel, *per universitatem*[15]. — Dans les plus anciennes mœurs de Rome, l'usage des fiançailles (*sponsalia*) était connu, et le futur mari stipulait ordinairement du père un *don pécuniaire* qui lui était acquis au jour du mariage; mais la dot, proprement dite, ne s'introduisit que plus tard, sous l'influence des mœurs grecques, et lorsque le *mariage libre* devint à Rome le mode le plus usuel[16].

Par le mariage romain, par l'adoption et l'adrogation, la famille est créée dans la Cité.—Pénétrons maintenant dans l'ensemble de sa constitution, dans l'unité de puissance qui va en retenir et concenter tous les éléments. Cette unité de puissance, c'est la puissance paternelle.

III.—Le père ou l'aïeul, considéré comme chef de famille, a sous sa puissance :

1° Ses enfants des deux sexes nés de ses justes noces, quel que soit d'ailleurs leur âge; les enfants des deux sexes introduits dans la famille par l'*adoption*, et les citoyens *adrogés*, avec leurs propres enfants, qui sont au nombre des petits-fils;

2° Les enfants ou petits-enfants nés du mariage de ses fils ou petits-fils (*nepotes*, *pronepotes*);

3° Les brus mariées en justes noces et placées *in manu* :

15 Quam in *manum*, ut uxorem, receperimus, EJUS RES ad nos transeunt. (*Gaius*, II. § 98.)

16 Voir *infra* le ch. 5. sect. 2. § 1, où nous traitons la question de la dot et des origines du régime dotal.

filles de leur mari, elles sont au rang de petites-filles à l'égard de leur beau-père. Le FILS DE FAMILLE ne peut avoir sous sa propre puissance ni ses enfants, ni son épouse, parce qu'il faut être maître de soi pour exercer puissance sur un autre[17].

La puissance du chef de famille (aïeul ou père) est presque absolue; elle renferme le droit de souveraine juridiction, ou le droit de vie et de mort, le droit de vendre trois fois les fils, une fois les filles et les petits-enfants[18]; mais elle s'arrête devant le principe de la liberté romaine : « Il a été tant accordé à la liberté par nos ancêtres, dit » Constantin, que les pères de famille, qui avaient autre» fois le droit de vie et de mort sur leurs enfants, n'au» raient pas pu leur enlever la liberté[19]. »

Le père acquiert par ses fils; les enfants en puissance sont censés, pendant la vie du père, associés à la propriété de ses biens[20]. — Le père de famille acquiert par ses fils, même la gloire. La Loi des XII Tables veut que la couronne gagnée par le fils de famille soit portée aux funérailles du père comme aux funérailles du fils[21].

Le chef de famille est père à l'égard des uns, aïeul à l'é-

17 Dig. XLVIII. 5. 21. In sua potestate non videtur habere qui non est suæ potestatis. (*Ulp.*)

18 Tabul. IV. 2. JUS VITÆ, NECIS, VENDENDIQUE EOS JUS ESTO. Paul dit :... Licet eos exheredare quod et *occidere* licebat. (*D.* XXXIII. 2. 11.)

19 Cod. VIII. 47. 10. Libertati a Majoribus tantum impensum est, ut patribus, quibus jus vitæ in liberos necisque potestas olim erat permissa, libertatem eripere non liceret.

20 Gaius, II. 157. — D. XXXVIII. 9. 1. § 12. — Quasi olim hi domini essent.

21 Cic., de Leg., II. 24. « Coronam virtute partam, » et ei qui peperisset et ejus parenti, sine fraude esse Lex impositam jubet.

gard des autres; mais il tient toute la puissance concentrée dans ses mains; il est, par excellence, le citoyen *sui juris;* ses fils non émancipés sont tous également *alieni juris*. C'est seulement à la mort du père que les fils succéderont à la puissance sous laquelle ils seront restés toujours placés. Les fils continueront la personne, la puissance, le domaine du père, et les sacrifices privés dont la loi veut la perpétuité[22].

Héritiers *ab intestat*, les enfants en puissance sont héritiers siens et nécessaires; mais le citoyen, Chef de famille, peut en ordonner autrement par acte solennel de dernière volonté. Il dicte la Loi à sa famille, par son testament, pour le temps où il ne sera plus. Il dispose librement de son patrimoine et de la tutelle des enfants impubères. La Loi des XII Tables, qui l'a investi pendant sa vie de la souveraine juridiction sur la personne de ses enfants, l'investit encore, au moment suprême, de la toute-puissance; et il l'exerce sur la personne, par la nomination du tuteur testamentaire; sur les biens, par la liberté absolue de distribution ou de disposition : UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUÆ REI, ITA JUS ESTO [23].

La puissance paternelle réunit, par conséquent, tous les attributs de la souveraineté domestique sur les *personnes* et sur les *biens* pendant la vie et même après la mort du père.

Le chef de famille, qui a le droit d'instituer un ou plu-

22 *Sacra privata* perpetua manento (*Cic., de Leg.*, II. 9. 19.) — Et statim morte parentis quasi continuatio dominii. (*Inst.*, III. *tit.* 3.) — *Hæres* vient de *herus:* veteres enim hæredes pro dominis appellabant. (*Inst.*, II. 19. 7.)

23 Tabul. V. 3. — *Res* comprend la famille; les enfants, en ce sens, sont *res patris*.

sieurs héritiers autres que les héritiers siens, peut instituer même son esclave, en le déclarant expressément LIBRE par son testament, *cum libertate*[24]. L'esclave institué par le testament devient héritier nécessaire, et subit en son nom seul l'ignominie de la vente des biens du testateur qui serait mort insolvable : aussi l'institution de l'esclave peut être faite au premier, au second degré, à un rang ultérieur, par substitution, au gré du testateur qui veut protéger sa mémoire contre la poursuite de ses créanciers.

Le père de famille peut passer ses enfants sous silence dans son testament; il n'est pas encore obligé de les exhéréder expressément; il peut instituer à son choix un ou plusieurs de ses enfants, qui sont, dans ce cas encore, héritiers siens et nécessaires[25].

Ce testament est un acte souverain qui met une loi particulière au dessus de la loi générale de succession *ab intestat*; aussi le testament romain, dans sa forme primitive, était-il revêtu des solennités de la loi elle-même; le citoyen testait dans les Comices. Les Comices par curie étaient convoqués, deux fois l'an, pour cet acte de souveraineté.

Si le citoyen romain est sous les armes, prêt à combattre pour la République, il trouve dans l'armée, composée de citoyens, l'image des Comices; il teste devant ses compagnons d'armes et ses concitoyens, *in procinctu*.

Le testament est une Loi; de là plusieurs conditions nécessaires :

24 Gaius, II. 153. *Post mortem testatoris protinus liber et hæres est.*

25 Sui heredes.... necessarii vero ideo dicuntur quia omnimodo, velint nolintve, tam ab *intestato* quam *ex testamento* hæredes fiunt. (Gaius, II. 157.)

1° Le testament est écrit, et doit être fait *uno contextu;* car ce qui est fait par des comices interrompus est non avenu;

2° Le testateur doit être capable au moment du testament, puisque c'est dans ce moment solennel qu'une loi est faite, et que la confection de la loi suppose la plus grande capacité, celle du législateur ou du souverain : nulle dans ce moment, elle ne pourrait valoir par aucun événement postérieur; c'est la règle Catonienne, ou la règle de nullité radicale à laquelle s'est attaché le nom de CATON;

3° Le testateur doit être capable au moment de la mort, puisque la loi n'est exécutoire qu'après son décès, et que le législateur doit avoir persévéré dans sa volonté pour qu'il y ait exécution; mais, pour persévérer dans une volonté législative, il faut être capable de VOLONTÉ jusqu'au moment suprême;

4° L'héritier institué doit exister, doit être une personne certaine et capable, ou participer au droit de la Cité au moment du testament, afin que les Comices puissent apprécier et confirmer la volonté du testateur[26];

5° L'héritier doit être capable au moment du décès, parce que la loi faite pour les citoyens romains ne peut être réclamée ou exécutée que par des citoyens capables;

6° Le testament doit commencer par l'institution d'hé-

26 Les trois premières règles sont restées dans le droit romain comme essentielles; la première, *uno contextu*, n'est pas suivie dans le Droit français pour le testament notarié, mais pour la suscription du testament mystique. (*Art.* 971. 72. 76.)

La quatrième règle a été modifiée, en droit romain, quant *aux posthumes*, après la désuétude du testament *calatis comitiis*.

ritier, qui en est le fondement (*caput et fundamentum*); les dispositions, les affranchissements, les legs particuliers en tirent leur force[27].

7° Le citoyen a le choix ou de laisser le réglement de sa succession *ab intestat* à la loi générale de la Cité, ou de dicter sa loi particulière (*legem condere.*) Mais ces deux lois ne peuvent s'exécuter en même temps : l'une exclut l'autre; de là venait la règle que le citoyen ne peut mourir *testat* et *intestat* : l'unité est imposée à l'hérédité testamentaire ou légitime, qui est le grand moyen d'acquérir *per universitatem* [28].

Les testaments *calatis Comitiis et in procinctu* sont les plus anciennes formes de tester, en temps de paix et en temps de guerre. Le droit civil des XII Tables a trouvé une autre forme en faveur du citoyen qui, hors des murs de Rome, ou pendant l'intervalle des Comices par curies, était pressé par la crainte d'une mort prochaine[29]. Le

27 Cette sixième règle a conservé toute sa valeur, sauf la place de l'institution dans le testament. La priorité de l'institution, *caput testamenti*, était encore le droit au temps de Gaius (II. § 229.) Celle de l'institution de l'esclave, *cum libertate*, a été modifiée. La liberté a été supposée dans l'institution même. (*Inst. Just.*) Elle n'a plus eu besoin d'être exprimée formellement.

28 La règle fondamentale qu'on ne peut mourir partie *testat* et partie *intestat*, a cessé positivement *dans le testament militaire*, sous l'Empire. Elle peut aussi cesser d'être applicable, *ex post facto*, par l'effet de la sentence du juge, quand il y a eu exercice de la plainte d'inofficiosité, et que l'héritier n'a réussi qu'à l'égard de l'un des institués.—Celui qui a intenté la plainte, vient à l'hérédité *jure sanguinis*. (*D.* V.-2-15, 24.)

29 Gaius, II. § 102. *Si subita morte urgebatur.*

G. Hugo (*Histoire du D. R.*) pense que ce mode fut introduit en faveur des affranchis, auxquels l'accès des anciens comices *par curies* était très-difficile. Selon lui, les affranchis, quoique citoyens romains, n'auraient pas eu, dans les premiers temps, la faculté de tester. Les

Romain peut tester, par ce troisième mode, en employant la forme solennelle de la mancipation. Alors il agit comme père ou comme maître : il vend son patrimoine solennellement à l'*emptor familiæ*, qui est son héritier institué, et auquel il impose ses volontés, soit en les exprimant oralement (*nuncupatio*), soit en lui remettant des tablettes qui les contiennent, en présence de cinq témoins, citoyens romains, et du *libripens* qui, dans les premiers temps, était peut-être pontife ou patricien. Cette forme *contractuelle* de tester, plus libre et plus facilement à la disposition de tous les citoyens, ingénus ou affranchis, fut employée d'abord, de préférence, par la classe plébéienne; elle ne gênait en rien la faculté de *révocation*, malgré son apparence de contrat et d'institution contractuelle; elle devint la forme générale de tester selon le Droit civil. Elle trouvait sa sanction dans la Loi des XII Tables, laquelle déclarait *improbes* et *indignes du droit de témoigner et de tester* les témoins, le *libripens* refusant leur témoignage [30], et condamnait le faux témoin à être précipité du haut de la Roche Tarpéienne [31].

comices par curies, placés sous l'influence des pontifes, ne s'ouvraient pas aux *affranchis*, comme aux autres citoyens, pour changer la loi civile d'hérédité *ab intestat*, favorable aux droits des patrons. Le testament *per æs et libram* aurait été trouvé en vue des affranchis, à qui la Loi des XII Tables aurait enfin accordé le droit de tester, tant désiré par eux. — Ce sont là des conjectures auxquelles les textes manquent complètement. — M. Guérard (1840) (*Essai sur l'Hist. du droit privé des Rom.*), suppose que le testament *per æs et libram* a eu deux âges, l'un avant, l'autre après la Loi des XII Tables; mais sa supposition tient à l'idée fondamentale de son livre, qu'il y avait deux espèces de droit civil, DEUX CITÉS dans Rome. (*Essai*, p. 465.)

30 Tab. VIII. 22. Improbus et intestabilis.

31 Aulu-Gell., XX. 1. e Saxo Tarpeio. Cic., Off. III. 29. Fidem in Capitolio.

Montesquieu rattache l'origine du testament romain à la Loi des XII Tables. Les historiens qui regardent cette Loi comme une transaction entre les deux Classes rivales, indiquent aussi le testament comme une conquête de la révolution plébéienne[32]. G. Hugo rapporte aux temps primitifs de Rome le testament *calatis Comitiis et in procinctu*. — La distinction d'origine clairement marquée par Gaius entre les testaments calatis Comitiis, in procinctu, et le testament per æs et libram, résout à nos yeux toute la difficulté dans le sens de cette dernière opinion. « Deux espèces de testament, dit le Jurisconsulte, existaient au commencement, INITIO ; une troisième espèce s'y joignit ensuite, *accessit* DEINDE *tertium genus*.... Ces deux premières formes tombèrent en désuétude : le testament *per æs et libram* fut seul conservé dans l'usage des citoyens : » Telles sont ses expressions. [II — § 102]. — Or, le testament per æs et libram, tous les historiens le constatent, est né du Droit des XII Tables : les testaments antérieurs, les formes connues *ab initio*, devaient donc exister avant les XII Tables, et remontaient aux Comices par curies, les seuls Comices des premiers siècles de Rome.

IV. — Nous avons vu les enfants ou petits-fils, naturels et adoptifs, soumis à la puissance du père ou de l'aïeul. C'est la famille immédiate, en ce sens que tous ces descendants sont placés sous la puissance directe ou immédiate du chef de famille. — Là se trouve aussi, à son origine, l'agnation romaine. Tant que l'auteur commun existe, tous, pères et enfants, frères, oncles et neveux

32 Montesq., liv. XXVII, ch. uniq. — M, Michelet, Hist. rom., 1. 123. 128. — Gans, traduit *id.*, p. 335.

sont soumis à la puissance de l'aïeul qui ne les aura pas émancipés. Nés auprès du père commun ou pour le père, *adcnati*[33], ils sont étroitement unis par ce lien de soumission à la puissance paternelle : entr'eux ils sont AGNATS; ils portent le même nom; et tous les membres de la famille qui, si le chef était encore vivant, seraient soumis à sa puissance, conserveront dans la suite le caractère d'agnats. Ainsi, l'aïeul et le père étant morts, les enfants deviennent *sui juris*, et les fils peuvent devenir souches de nouvelles familles; mais agnats d'origine, et selon le Droit civil, ils conservent le caractère d'agnation tant qu'ils restent dans la famille[34]. Ils sont agnats entr'eux, et par rapport aux frères de leur père, c'est-à-dire à leurs oncles paternels (*patrui*) ; leurs enfants, fils de frères ou cousins (*fratres patrueles*), sont agnats entr'eux et par rapport aux enfants et descendants de leurs oncles paternels[35]. Tous sont parents par les mâles du côté de

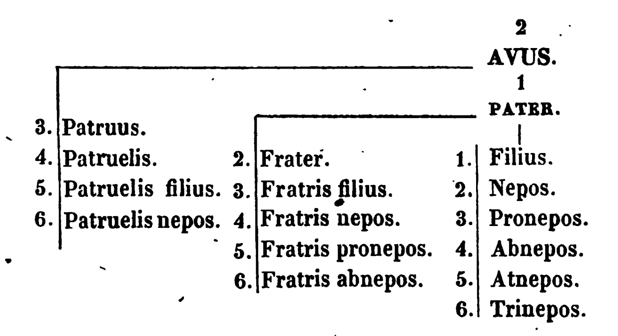
33 On les appelait *adgnati*, *adcnati*, par contraction des mots *ad eum nati*. Les parents maternels étaient appelés *cognati* (*cum ea nati.*) Quasi commune *nascendi initium habuerint*, dit Labéon (*D*. XXXVIII. 8. 1. § 1.) — Quod quasi *una communiterve nati*, vel ab eodem orti, progeniti sint, dit Modestinus (D. XXXVIII. 10. 4. § 1.) Ces étymologies rendent bien sensible la différence primitive des *agnats* et des *cognats*, puisque l'agnation reposait sur la puissance du père, et la cognation, sur le rapport purement naturel de la naissance par la mère ou du côté de la mère.

34 Patre-familias mortuo, singuli singulas familias habent; tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur. (*Ulp.*, *de Verb. Sig. D.*, L. 195. *Gaius*, III. § 10.)

35 Les cousins du côté de la mère, les fils de ses sœurs, étaient appelés *consobrini* : « Qui quæve ex duabus sororibus, consobrini, consobrinæque, quasi *consororini*... sed fere vulgus omnes istos communi appellatione consobrinos vocant. (*Gaius*, *D*. XXXVIII. 10. 1. § 6.)

l'aïeul paternel qui originairement avait la puissance et qui l'aurait encore s'il vivait ; tous portent son nom. L'agnation est par conséquent un lien naturel et civil, qui rattache la famille romaine à un chef commun et au principe de la puissance paternelle.

La famille romaine, considérée au double point de vue de la puissance paternelle et de l'agnation, se divise en deux lignes, LA LIGNE DIRECTE ET LA LIGNE TRANSVERSALE, sur l'étendue desquelles chaque génération forme un degré. L'aïeul et le père sont la base commune de laquelle partent les deux lignes. Mais la ligne transversale est double, en ce sens qu'à chacun des Chefs directs de la famille, L'AÏEUL, le PÈRE, se rattache une *série transversale* de générations qui représente L'AGNATION. La Loi des XII Tables comptait l'agnation jusqu'au dixième degré[36] ; le tableau suivant figure la famille jusqu'au sixième.




La puissance paternelle s'exerce sur la ligne directe

36 Instit. III. 6. 5. « Adgnationis quidem jure, admitti aliquem ad » hæreditatem etsi *decimo gradu* sit, sive de Lege XII Tab., sive de » Edicto quæramus. »

dont les degrés successifs constituent la famille, dans le *présent* et dans *l'avenir;* l'agnation s'exerce sur la ligne transversale des oncles paternels et de leurs descendants, et sur la ligne transversale des frères et descendants de frères.

La puissance paternelle fonde, comme on l'a vu, l'hérédité du premier ordre, ou des *héritiers siens;* l'agnation fonde le second ordre d'hérédité, celui des *agnats*. Quand le citoyen meurt intestat et sans héritiers siens, l'agnat le plus proche est l'héritier appelé par la loi des XII Tables[37]; il est aussi le tuteur légitime, à défaut de tuteur testamentaire, si le chef de famille a laissé des enfants ou petits-enfants impubères.

Le citoyen pubère, *sui juris*, ayant la capacité naturelle et civile de se marier, est investi par cette raison de l'exercice de tous ses droits; et d'après la Loi des XII Tables, le mineur pubère n'a pas de curateur, à moins qu'il ne soit prodigue ou furieux. L'agnat le plus proche est le curateur légitime (*custos*) du furieux ou du prodigue. Il a la garde de sa personne et la pleine administration du patrimoine[38]. Le curateur est *légitime* ou *honoraire*, c'est-à-dire donné par la loi ou le magistrat; il ne peut pas être imposé, comme le tuteur, par le testament du père de famille[39].

37 PROXIMUS ADGNATUS FAMILIAM HABETO. — (TAB. V. 4. GAIUS, III. § 11.)

38 Tab. v. 7. Gaius, I. 209. Ulp., Frag. XII.

39 Les interprètes en ont donné pour raison que le testament romain a pour objet essentiel de créer un droit relatif à la *personne*, un droit tout personnel, l'*institution d'héritier*. Or, le tuteur est donné principalement à la *personne* du pupille; mais le curateur est donné surtout

LA COGNATION, c'est-à-dire la parenté par la mère ou les personnes du sexe féminin, formait une parenté purement *naturelle*, qui n'avait rien de commun avec l'agnation ou la parenté *civile*. Le fils de la sœur n'était pas censé naître dans la famille à laquelle appartenait ou avait appartenu sa mère; l'oncle maternel (*avunculus*) n'était donc pas un agnat par rapport au fils de la sœur. Entre l'oncle maternel et ses neveux, ou leurs descendants, il y a seulement la cognation; et la Loi des XII Tables ne reconnaît aucun droit d'hérédité dans la ligne transversale des cognats. Ceux qui naissaient suivaient la famille de leur père et non celle de la mère; c'était là le principe constitutif de la famille civile : « *Qui nascuntur, patris non* » *matris familiam sequuntur*[40]. »

Passons à la GENS et aux GENTILES.

V. — La famille n'est pas constituée seulement dans le présent et en vue de l'avenir; elle existe aussi ou peut exister dans le passé. L'aïeul, le père, qui sont devenus la souche d'une famille, pouvaient tenir eux-mêmes à une race, c'est-à-dire, en droit civil, à une Gens plus ou moins ancienne dont ils portaient le nom. La GENS est la famille antique, primitive, toujours *ingénue* ou pure de servitude, qui a donné son nom générique aux familles particulières issues d'elle, lesquelles, en se multipliant,

aux biens, et la nomination du curateur devait être confirmée par le magistrat. Il serait plus simple de dire, avec les jurisconsultes romains, en semblable occurrence : *Non enim de omnium quæ a majoribus constituta sunt ratio reddi potest.* (JULIANUS.)

40 Gaius, I. § 156. — Plus tard, le mot *cognatio* fut appliqué à toute parenté paternelle ou maternelle.

se sont distinguées de la race génératrice, par un surnom de famille ou de branche.

L'agnation, comme on l'a déjà dit, est fondée sur la puissance paternelle; elle unit tous ceux qui seraient placés sous la puissance du même chef de famille, s'il vivait encore, et par conséquent tous ceux qui, dans le Tableau généalogique de la famille romaine, sont placés en ligne transversale au dessous de ce chef de famille, l'AÏEUL, que nous prenons pour point de départ.

Au dessus de l'aïeul, sont le bisaïeul (*proavus*), le trisaïeul (*abavus*), le quadrisaïeul (*atavus*), etc., qui ont pu avoir plusieurs enfants, lesquels, en se mariant, ont pu devenir des souches de nouvelles familles, et constituer des lignes transversales absolument semblables à celles que nous avons vues partir de l'aïeul et du père, et représenter l'agnation. Mais ceux dont les lignes transversales se rattachent au bisaïeul, au trisaïeul, etc., n'ont jamais été certainement, et n'ont jamais pu être sous la puissance de l'aïeul, qui appartient aux générations subséquentes. Ils ne sont donc pas des *agnats*, par rapport aux parents des degrés inférieurs, mais ils font partie de la race antique, de la GENS; ils sont des GENTILES.

Ainsi, le Tableau généalogique doit se diviser en deux parties. Au dessus du tableau qui commence à l'aïeul, on peut en tracer un autre, qui partira de l'*Atavus* ou *Tritavus* (sixième dans la ligne ascendante), et qui aura des séries *transversales* de même étendue. Eh bien! l'aïeul, dans ces tableaux superposés, formera le point de partage entre l'agnation et la gentilité : tout ce qui sera au dessous de lui, il l'aurait sous sa puissance (*sub unius potestate*), s'il vivait encore; tout ce qui sera au dessus

de lui serait évidemment en dehors de sa puissance. Or, c'est la possibilité ou l'impossibilité de soumission à la puissance du même chef de famille qui est le caractère distinctif donné par ULPIEN, et qui fait la véritable séparation de l'agnation et de la gentilité. Tous les parents qui formeront ligne transversale *à partir de l'*AÏEUL, représenteront l'*agnation;* tous ceux qui formeront ligne transversale *au dessus de l'*AÏEUL, représenteront la *gentilité.*

Ce partage dans l'arbre généalogique de la famille romaine est fondé sur les textes de Cicéron, de Gaius, d'Ulpien et de Paul. Le texte de Paul est tellement précis, qu'il ne peut même laisser aucun doute : « *Agnati autem sunt cognati virilis sexus, per virilem sexum descendentes, sicut filius fratris, et patruus,* DEINCEPS ET TOTA SUCCESSIO [41] ».

*Prénomen* sera le nom de l'individu, *Nomen* le nom de

41 Paul, Sent. IV. 8. § 13. Collat. leg. Mosaïc. et Roman., tit. 15. C. 3. § 13.

Cicéron définit les *Gentiles :* « Qui inter se eodem nomine sunt; qui ab ingenuis oriundi sunt; quorum majorum nemo servitutem servivit; qui capite non sunt deminuti. (*Topic.* 6.)

Il ne parle pas de la soumission à la puissance paternelle comme élément de la Gentilité, caractère marqué par Paul, Gaius, Ulpien, quand il s'agit de l'agnation. — L'Agnation et la gentilité ne peuvent donc pas être confondues comme elles l'ont été par l'ingénieux auteur d'un Système nouveau (M. ORTOLAN, dans ses *Institutꝰ.*)

Gaius I. § 156 : Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati, veluti frater *eodem patre* natus, fratris filius, neposve ex eo; item patruus et patrui filius et nepos ex eo. (*Id.* III. § 10.)

Ulpien, D, L. 16. 195. § 2, de *Verb. Signif.* : Communi jure familiam dicimus omnium *agnatorum* ; nam etsi, patre-familias mortuo, singuli singulas familiam habent, tamen omnes qui SUB UNIUS POTESTATE FUERUNT, recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem *domo* et *gente* proditi sunt.

la race, *Agnomen* le nom ou surnom de la branche, de la famille spéciale, *Cognomen* le surnom possible de l'individu. Dans Publius Cornelius Scipio Africanus, *Publius* sera le prénom de l'individu, *Cornelius* le nom de la race, *Scipio* le nom de famille, *Africanus* le surnom héroïque de l'individu. Le vainqueur de Carthage sera donc indiqué comme appartenant à la famille des Scipions et à la race Cornélia, qui, outre la famille des Scipions, contenait celles des Lentullus, des Dolabella, des Rufinus et plusieurs autres. La GENS sera, par rapport aux diverses familles, ce que le genre est par rapport aux espèces ; aussi le mot *genus* est-il employé souvent pour *gens*, notamment par Cicéron, par Festus[42] ; et Cicéron, qui employait indifféremment l'une ou l'autre expression, a donné du genre une définition également applicable à la notion de la GENS, telle que nous venons de la déterminer : « Le *genre* est ce qui embrasse deux ou plusieurs » parties semblables entre elles par un caractère commun, » mais différentes par quelque chose de particulier. » La GENS, la race, est aussi ce qui embrasse plusieurs familles, toujours ingénues, semblables entre elles par l'origine, le nom, la communauté des sacrifices (*sui similes communione quadam*), mais différentes par le nom et l'agnation de chaque famille spéciale (*specie autem differentes*)[43].

42 Cic. de Leg. 1. 8. — FESTUS, « Gentilis dicitur et ex eodem *genere* ortus, et is, qui simili nomine appellatur, ut ait *Cincius* : Gentiles mihi sunt, qui meo nomine appellantur. » (Lib. VII, éd. MULLER, 1839.)

43 *Genus* autem est quod sui similes communione quadam, specie autem differentes, duas aut plures complectitur partes. (*De Orat.* 1. 42.) — Il faut remarquer que c'est en parlant du droit civil, pour en déterminer la méthode, que Cicéron donne cette définition ; et la dé-

De là il résulte que les membres de la race, les *gentiles*, dont l'ancienne généalogie s'est continuée par les parents mâles et paternels, doivent venir dans l'ordre des droits de famille et de succession après les agnats ; c'est ce que veut la Loi des XII Tables : « SEI ADCNATOS NEC ESCIT, GENTILIS FAMILIAM NANCITOR[44]. » — Par hypothèse, dans la famille de P. Cornelius Scipion l'Africain, ce n'est qu'à défaut d'agnats dans la famille des Scipions[45], que les gentils, les Cornelius Dolabella ou Lentulus[46], viendront à la succession selon leur degré de parenté et de proximité. — A défaut d'agnats, les Gentils auront aussi la tutelle des impubères et la curatelle des furieux et des prodigues[47].

finition spéciale qu'il a présentée (dans ses Topiques) sur les *gentiles* rentre parfaitement dans cette notion : *le nom commun de plusieurs familles, l'origine toujours ingénue, le maintien dans la famille civile*, sont des caractères généraux, et forment le *genre*, par rapport aux familles diverses qui tiennent de loin à la même souche. Cette notion est celle suivie et développée sur la *gens* par *Sigonius*, dans ses Annotations sur Tite-Live, IV. 1. note 4. (*Tit. Liv. cum perpetuis Sigon. et Gronovii. notis*, *Rotterd.*, 1679, *Elzev.*)

44 Tab. V. 5. Cic., de Invent., II. 50. Gaius, Inst., III. 17.
*Paraphrasis :* Si agnatus non erit, tum gentilis heres esto.

45 C'est-à-dire à défaut de frères (ou sœurs), d'oncles paternels, de fils de frères ou d'oncles.

46 C'est-à-dire les descendants mâles des grands-oncles, des *propatrui*, des *patrui maximi*.

47 Tab. V. 7. — Pour la curatelle, le fragment de la Loi des XII Tables s'explique formellement. Quant à la *tutelle*, elle se prouve par une induction certaine, fondée, 1° sur l'argument *a majori* : si les gentils sont curateurs, à défaut d'agnats, à plus forte raison doivent-ils être tuteurs ; 2° sur le principe en vertu duquel ceux qui ont la succession doivent avoir la charge de la tutelle ; 3° sur l'ordre dans lequel Gaius s'occupait des gentils. La lacune existe précisément dans la partie où il traite de la tutelle légitime. (1. 164. 165.)

Ainsi donc, chaque père de famille, qui laisse des enfants, fait souche (*stirps*) par rapport à ceux-ci, héritiers siens et nécessaires[48]; chaque père de famille qui laisse plusieurs enfants laisse des agnats dont la ramification à venir sera plus ou moins étendue ; mais chaque père de famille ne fonde pas une *Gens* qui lui est antérieure et qui ne peut avoir de racine que dans le passé. — Ce ne serait, du moins, qu'après un long temps et lorsqu'il serait devenu par l'écoulement des âges une souche très-ancienne, *stirps antiquissima*[49], qu'il pourrait être regardé comme l'origine d'une race.

Nous avons considéré les enfants et petits-enfants en puissance, les agnats, les gentils; il faut aussi déterminer spécialement le rang que la femme occupait dans la constitution de la famille.

VI. — La fille ou femme romaine, *civis romana*, était toujours en PUISSANCE OU en TUTELLE.

Elle était placée sous la puissance du père, ou sous la puissance du mari.

Non mariée, et sous la puissance du père ou de l'aïeul, elle était au même rang que ses frères; mariée, mais non placée *in manu*, d'après le mode exceptionnel de mariage reconnu par la Loi des XII Tables, elle restait dans la famille de son père et sous sa puissance. Dans l'un et l'autre cas, si le père mourait *intestat*, elle était, comme

48 C'est dans ce sens qu'il est dit qu'entre héritiers siens, *nepotes vel pronepotes*, qui succèdent au lieu de leur père, l'hérédité se partage, non in *capita*, sed in *stirpes*.

49 Cicéron se sert de cette expression, en parlant de la souche de sa famille. (*De Rep.*, I. 6.)

ses frères, au nombre des héritiers siens, et au nombre des héritiers siens et nécessaires, si elle était instituée par le testament paternel.

Elle était aussi placée parmi les agnats; toutefois, elle avait cette qualité par rapport seulement aux agnats consanguins, c'est-à-dire aux autres frères et sœurs[50] : elle partageait leur droit de succession ; il y avait égalité; mais au-delà du degré des *consanguins*, l'hérédité ne lui appartenait plus, bien que sa propre succession fût déférée aux agnats jusqu'au dixième degré[51].

Mariée avec le consentement du chef de famille, elle entrait, selon le droit commun, dans la famille du mari. Elle ne pouvait plus compter alors parmi les héritiers siens de son père; elle était sous la puissance du mari,

50 Gaius, III. § 10 : Qui eodem patre nati sunt fratres, *agnati* sibi sunt, qui etiam *consanguinei* vocantur.

51 Gaius, III. §§ 14. 18. 23.—Paul, Sentent., IV. § 22, dit : « Feminæ ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non » admittuntur. Idque jure civili, Voconiana ratione, videtur effectum. » De là naît la question de savoir si c'est par application de la loi Voconia [585] que le droit civil fut fixé sur ce point. M. Blondeau (t. 2, Inst., p. 297) rapporte un passage, d'après un MS. (B. R. Paris, 4403) qui prouve que le texte plus haut cité des Sentences de Paul n'est pas une base invariable sur laquelle on puisse bien fonder une opinion. Mais nos arguments viennent d'une autre source, de Gaius lui-même : 1° Le passage de Gaius, III. § 14, dit : *Nostræ vero hereditates ad feminas ultra consanguinearum gradum non pertinent.* Il ne fait nulle mention de la loi Voconia. Il la cite ailleurs sur d'autres points : pourquoi ne l'aurait-il pas citée à ce sujet, si le droit relatif aux femmes était venu de cette loi ou de son interprétation? — Au surplus, une preuve péremptoire résulte des §§ 18 et 23 : dans ce dernier, c'est directement à la Loi des XII Tables que se rapporte la succession au degré de consanguinité : *Nihil juris ex* LEGE habent. (Voir ci-dessous notre exposition de la loi Voconia, ch. V, sect. 2, § 1.)

qui avait sur elle la puissance paternelle; qui pouvait, devant ses proches, prononcer sur sa vie et son honneur, et même la vendre comme son enfant ou son esclave[52]. — Le mari, père de famille, *sui juris,* se donnait-il en adrogation? — Le mari, fils de famille, *alieni juris,* était-il donné par son père en adoption? — La femme suivait la condition du mari; elle entrait dans la nouvelle famille; l'union était *indivisible*[53].

Mais l'union n'était pas *indissoluble*, sauf dans le mariage des Flamines majeurs[54]. La puissance, à laquelle la femme était soumise, contenait en elle le droit de répudiation : elle aurait pu, sous forme de vente, produire indirectement une répudiation tout arbitraire. L'Histoire cependant n'en a conservé aucune trace; et la pureté des mœurs antiques devait y résister[55]. Mais le

52 Tacite : Prisco instituto, propinquis coram de capite famaque conjugis cognovit. (*Annal.*, XIII. 32, anno U. R. 811.)

Gaius, I. §§ 117-118 : « Omnes liberorum personæ, sive masculini, » sive feminini sexus, si in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc » eodem modo possunt, *quo etiam servi* mancipari possunt : idem ju- » ris est in earum personis quæ in *manu* sunt. »

53 Individuam vitæ consuetudinem continens. (*Instit.*, *de Nupt.*)

54 Plutarch., in Quæst. rom., nº 49.

C'est *Domitien* qui le premier a permis le divorce en ce cas. (*Dieteric. Trechell*, sur BRISSON, *de Ritu nup.*, Briss. Op. min. p. 297.)

55 Gaius, I. § 118. — Savigny, *Traité du droit romain*, I. p. 255. La pratique de cette faculté de répudiation s'est, au contraire, conservée dans les mœurs de la basse classe en Angleterre : l'homme du peuple, récemment encore, comme on le sait, conduisait sa femme au marché et la mettait en vente; c'était un mode de divorce toléré par les magistrats. On en attribue l'origine à des usages transmis par les anciens *Bretons*. (V. l'*Angleterre*, par M. *Pillet*, ch. 34.) Or, dans le *droit celtique* (comme je le ferai voir au IIe livre), il y avait puissance *absolue* du mari.

mari pouvait exercer la répudiation ou le divorce pour cause déterminée, savoir : l'adultère, l'intempérance, la tentative d'empoisonnement à l'égard des enfants, la substitution de part [56], et même la stérilité de l'épouse, comme le prouve le divorce de Carvilius Ruga, vers l'an 520, le premier dont l'histoire ait transmis le souvenir [57].

Le divorce, dans ces anciens temps, pouvait être réclamé par le mari seul [58]. La cause alléguée était examinée dans un Conseil de parents ou d'amis qui constituait le Tribunal domestique (*judicium de moribus*). Le mari, en cas d'adultère, jugeait seul sa femme, en présence des parents de celle-ci; pour les autres causes déterminées, il la jugeait avec sept d'entr'eux : distinction fondée sur la nature du sentiment qu'inspire l'adultère au cœur du mari. Nul que lui ne peut être vraiment juge de la grandeur de l'outrage et de la nécessité de rompre le lien profané [59].

56 Denys d'Halic., liv. II. ch. 26. Cic., Orat. 1. 40; Philipp. II. 28. Dig. 24. 2. 1. (Gaius) : La formule était : *Tuas res tibi habeto.* Pothier (ad Leg. Tab.) pense que le mari pouvait répudier *pro lubitu.* Il serait possible que la détermination de cause vînt des Lois royales ou de l'usage.

57 Aulu-Gell., liv. IV. ch. 3. Valère-Maxime, II. 1, nº 4.
Montesquieu blâme l'exagération des auteurs qui disent que pendant 500 ans il n'y eut pas de divorce. XVI. 16.

58 Gravina, liv. II. ch. 29, de divortiis, *fragment* de la Loi des XII Tables : « Si mulieri repudium mittere volet, causam dicito, harumce unam » (source douteuse). (*Otto., Thes. jur.*, t. IV. p. 10.)

59 Les parents étaient au nombre de sept, pubères, citoyens romains, suivant la loi Julia. — Brisson, ad legem Juliam, de adult., cap. 28. — Tacit., Ann., XIII. 32. — D. XXIII. 4. 5 : « Judicio de moribus quod antea quidem in antiquis legibus positum erat.... » —

La femme, placée sous la puissance maritale, était, en cas de survie, au nombre des enfants ou des *héritiers siens* du mari. Si le mari intestat ne laissait pas d'enfants, la femme encore avait la qualité d'*héritier sien*. La qualité légale de *fille du mari*, étendait ses effets sur la succession des enfants communs et même sur la succession des enfants du mari seul. Ainsi, la mère prenait part, comme sœur, à la succession de ses fils prédécédés; et, conséquence rigoureuse, la seconde femme du mari, *noverca*, prenait aussi la part de sœur dans la succession des fils du premier lit[60].

La mère, soumise pendant le mariage à la puissance paternelle ou maritale, assimilée, après la mort du mari, à ses propres enfants, ne pouvait évidemment, à aucune époque de sa vie, participer à la puissance paternelle, soit à l'égard des *personnes*, soit à l'égard des *choses*. — Elle ne pouvait adopter, précisément parce qu'elle ne pouvait avoir la puissance paternelle.

Le Législateur des XII Tables tenait toujours la fille ou la femme romaine en état de subordination et d'infériorité. Quand elle n'était plus en *puissance*, elle était en

D. XXIV. 3. 15, § 1. — Id. l. 39. — Cod., V. 17. 11. § 2 : Judicio de moribus sublato. — Montesq., VII. 10.

D'après Tite-Live ( 39. 18 ) les femmes *convaincues* d'avoir pris part aux crimes des Bacchanales furent livrées à leurs parents ou à leurs maris, *cognatis, aut in quorum manu essent*, pour qu'ils les fissent exécuter en particulier : Ut ipsi *in privato animadverterent in eas*. (An. 566.)

60 Gaius, III. § 14 : Sororis autem nobis loco est etiam mater, aut noverca quæ per in manum conventionem apud patrem nostrum jura filiæ consecuta est.

*tutelle*. La tutelle des femmes était perpétuelle, à cause de la faiblesse de leur sexe, *propter levitatem animi*. Les Vestales seules en étaient exemptes.—La tutelle était testamentaire ou légitime.

Le père de famille ou le mari avait le droit de pourvoir, par testament, à la défense de la fille ou de la femme, soit en nommant le tuteur testamentaire, soit en laissant à la femme le choix de son tuteur, appelé alors tuteur optif[61].

A défaut de tutelle testamentaire, ou à son expiration, la fille ou la veuve était soumise, par la Loi des XII Tables, à la tutelle de son agnat le plus proche[62].

Il était permis aux agnats, tuteurs légitimes des femmes, aux frères, par exemple, tuteurs de leurs sœurs, de céder à d'autres la tutelle devant le magistrat. Si le tuteur cessionnaire venait à changer d'état ou à mourir, la tutelle revenait au cédant; si ce dernier mourait ou subissait la petite diminution de tête, la tutelle se retirait du cessionnaire, et revenait à l'agnat qui occupait le degré subséquent[63].

La femme esclave, affranchie par son maître, était soumise à la tutelle légitime du patron. — La fille ingénue, émancipée par son père, était soumise à la tutelle légitime du parent émancipateur. La tutelle légitime des pa-

61 Gaius, I. §§ 148. 154. La faculté laissée à la femme était absolue ou restreinte. Dans le premier cas, la femme avait le droit de se choisir un nouveau tuteur pour chaque circonstance; dans le second, elle pouvait faire cette option une ou deux fois, selon la volonté exprimée par le testateur.

62 Gaius, I. §§ 144. 145. 157 : Quantum ad Legem XII Tabularum attinet, etiam feminæ agnatos habebant tutores.

63 Gaius, I. §§ 169. 171 : In jure cedere — tutor Cessicius.

trons et des parents émancipateurs n'était pas moins forte que celle des agnats; elle a même conservé plus long-temps sa force. Ainsi, à l'époque où la tutelle testamentaire et celle des agnats étaient affaiblies par les mœurs, les patrons et les parents émancipateurs ne pouvaient être contraints, par le magistrat, à autoriser les filles affranchies ou émancipées à faire un testament; ils ne pouvaient être contraints à autoriser l'aliénation des *res mancipi*, ou l'obligation personnelle de la femme, à moins d'une cause très-grave, soit d'aliénation, soit d'obligation. Cette autorité avait été accordée et maintenue en faveur des patrons et des émancipateurs, afin que l'hérédité des femmes, soumises à leur tutelle, ne leur fût pas enlevée directement, ou ne leur revînt pas grevée de dettes et appauvrie des choses les plus précieuses[64].

La femme pouvait éviter la tutelle légitime par une coemption fiduciaire, imitée de la coemption pour mariage. Avec le consentement et sous l'autorité des tuteurs qu'elle voulait éviter, elle faisait *coemption*, vente d'elle-même; l'acheteur la revendait sous certaines conditions au citoyen qu'elle indiquait, et, affranchie par ce dernier, elle l'avait pour tuteur fiduciaire[65], conformément aux conditions stipulées. — Pour échapper à la tutelle des agnats, la femme mariée, mais non encore *in manu*, pou-

64 Gaius, I. § 192 : Eaque omnia ipsorum causa, constituta sunt.

65 Gaius, I. §§ 114. 115 : « Iis auctoribus coemptionem facit; deinde » a coemptionatore remancipata ei, *cui ipsa velit;* et ab eo vindicta » manumissa, incipit eum habere tutorem, quo manumissa est : qui » *tutor fiduciarius* dicitur. » — Ce sont ces tuteurs que Cicéron dit avoir été inventés pour être placés *sous la puissance des femmes*. (pro Mur. 12.)

vait faire la coemption fiduciaire avec son mari : alors elle prenait auprès de lui sa place de fille de famille.

La femme étant toujours soit en puissance, soit en tutelle, ne pouvait avoir le droit de tester. C'est au citoyen *sui juris* et pubère (par conséquent affranchi de la tutelle), que les XII Tables accordaient le droit de dicter la loi testamentaire, *uti legassit*, *ita jus esto*. Mais, au moyen de la coemption faite sous l'autorité des tuteurs légitimes, et par l'effet de l'affranchissement conditionnel et de la tutelle fiduciaire, qui en était la suite, la femme pubère acquérait la faculté de faire testament. N'étant plus soumise à la tutelle des agnats, elle n'était plus en état de *pupillarité*. Vendue sous la condition d'un complet affranchissement, avec la seule réserve d'une *tutelle fiduciaire*, qui n'était ni la tutelle légitime des agnats, ni la tutelle légitime des patrons, la femme vraiment *sui juris* n'était plus incapable de tester[66]. « Autrefois, dit Gaius, ce moyen était le seul qui pût conférer à la femme la capacité de tester ; et cette forme d'affranchissement n'a cessé que sous Adrien[67]. » Les intérêts de l'agnat le plus proche, tuteur et en même temps héritier présomptif de la femme, étaient

66 Si l'affranchissant avait été regardé comme ayant le *droit de patronage*, la femme n'y aurait rien gagné, car le patron, tuteur légitime, ne pouvait être contraint, *même par le Préteur*, à consentir à ce que la femme fît son testament, comme on l'a dit avec Gaius, I. § 192 : « Sane patronorum et parentum legitimæ tutelæ vim aliquam habere » intelliguntur, eo quod hi neque *ad testamentum* faciendum, neque... » auctores fieri coguntur. »

67 Gaius, I. 115. a. Sed hanc necessitatem coemptionis faciendæ ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.

garantis par la nécessité de son consentement. Il ne devait pas consentir facilement à être dépouillé, par un testament, des droits que la loi lui assurait sur la succession future de la femme soumise à sa tutelle. Dans tous les cas, il ne pouvait se plaindre de la disposition; car on aurait fait, à son égard, une saine application de la règle, qui deviendrait fausse par trop d'extension, *volenti non fit injuria*. — La forme d'*affranchissement* étant tombée en désuétude, la règle fondamentale resta, que la femme en tutelle ne pouvait tester qu'avec l'autorisation du tuteur[68].

VII. — Nous avons considéré les éléments personnels de la famille; il faut constater maintenant une grande loi dans la constitution de la famille romaine, savoir, la subordination des rapports *réels* aux rapports *personnels*, en matière d'hérédité légitime.

Les rapports *réels*, c'est-à-dire ceux qui concernent la transmission légitime des biens, sont toujours subordonnées aux rapports *personnels*, c'est-à-dire au maintien de la personne dans la famille civile.

1° La qualité de fils de famille, *alieni juris*, est fondée sur la puissance paternelle; et, par conséquent, si le fils est mis, par l'émancipation, hors de la puissance du chef de famille, il n'a plus sa qualité première; il devient père

68 Gaius, II. § 113. Elle pouvai tester après douze ans. Plusieurs Coutumes de France ne permettaient à la femme mariée de *tester* qu'avec l'autorisation du mari. Bourgogne (tit. 4, art. 1); Nivernais (ch. 23, art. 1); Bourbonnais (art. 216); Normandie (art. 4, 7); Bretagne (art. 619); Cambrai (tit. 7, art. 13); Tournay (tit. 14, art. 6, 7); Arras (86).

V. Obs. sur la Cout. de Bourgogne. BOUHIER, I. ch. 19.

de famille, *sui juris*[69]; ou s'il est donné en adoption, il passe sous la puissance du père adoptif. N'étant plus dans la famille, il ne peut plus être au nombre des héritiers siens. Le droit des XII Tables défère l'hérédité *ab intestat* aux héritiers siens, c'est-à-dire aux enfants en puissance qui viennent de leur chef, *per capita,* et aux petits-enfants ou descendants d'un fils prédécédé ou émancipé, qui viennent par représentation de leur père[70]. Sont réputés héritiers *siens* les enfants seulement qui se trouvent sous la puissance du défunt, au temps de sa mort, et les descendants qui ne doivent pas, à la mort du chef de famille, retomber sous la puissance de leur propre père[71]. Le petit changement d'état qui résulte de l'adoption ou de l'émancipation, suffit donc pour rompre, à l'égard de l'adopté ou de l'émancipé, le lien de la famille civile et de la succession des *sui et necessarii*. Les enfants de l'émancipé, restés en puissance, sont héritiers siens à la place de leur père. Les enfants du fils de famille ne sont pas héritiers siens de l'aïeul : ils sont exclus par la présence de leur père, sous la puissance duquel ils doivent re-

69 Pater-familias appellatur qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat; non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus. Denique et pupillum patrem-familias appellamus; et cum pater-familias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt singulas familias incipiunt habere; singuli patrum-familiarum nomen subeunt; *idemque evenit in eo qui emancipatus est*; nam et hic *sui juris* effectus *propriam familiam habet.* (Ulp., D., *de Verb. Sig.* 195.)

70 Gaius, III. §§ 7. 8. Non in capita, sed in stirpes hereditates dividi.

71 Instit. Just., III. 1. § 2. Ita demum nepos neptisve, pronepos, proneptisve *suorum* heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse.

tomber. Si le fils en puissance est institué par son père, il est héritier *sien et nécessaire;* mais si l'émancipé est institué héritier, il est compté au nombre des héritiers *externes.* Il a, par conséquent, le droit de faire ou de ne pas faire adition d'hérédité, car il n'est plus héritier sien et nécessaire [72].

2° L'agnation est fondée, comme on l'a vu, sur le principe de la puissance paternelle. Lorsque un agnat subit la petite diminution de tête, par adoption ou par émancipation, le lien de l'agnation est rompu; car si le chef de famille vivait, cet agnat ne serait plus sous sa puissance. Ce dernier a donc cessé d'être agnat; il est hors de la famille; il n'a plus droit à l'hérédité légitime et à la tutelle des agnats. — Cette hérédité est déférée aux agnats du degré le plus proche, par tête et non par souches. Il n'y a pas lieu à représentation entre ceux du même degré, par exemple, entre les enfants de plusieurs frères [73]. Si l'agnat ne veut pas accepter l'hérédité, il n'y a pas dévolution au degré subséquent [74].

3° La gentilité est fondée sur les rapports entre la race première et les familles qui en sont successivement issues; elle a aussi pour appui, dans son origine lointaine,

72 Gaius, II. §§ 161. 162. Liberi nostri qui in potestate non sunt heredes a nobis instituti sicut extranei videntur.

73 Gaius, I. § 158. 163. Id. III. § 16 : « Quod si defuncti nullus frater exstet, sed sint liberi fratrum, ad omnes quidem hæreditas pertinet; sed quæsitum est si dispari forte numero sint nati, ut ex uno unus vel duo, ex altero tres vel quatuor, utrum in *stirpes* dividenda sit hereditas, sicut *inter suos* heredes juris est, an potius in *capita*; jamdudum tamen placuit in capita dividendam esse hereditatem. »

74 Plus tard, le préteur accorda la possession de biens, *unde cognati*. (*Voir* ch. V, *deuxième période : Droit prétorien.*)

le lien civil de l'agnation, qui doit se maintenir à travers les âges. Le lien est rompu si un citoyen passe dans une famille de race différente, ou s'il sort de la famille par l'émancipation. La petite diminution de tête suffit pour faire perdre les droits de gentilité[75], comme dans les autres rapports de la famille romaine, parce que la raison civile peut rompre les liens civils[76]. Pour la gentilité, comme pour l'agnation, c'est au degré le plus proche, sans représentation ni dévolution au degré subséquent, que l'hérédité est déférée.

Ainsi tout se tient dans l'organisation de la famille romaine et de l'hérédité légitime. Les rapports *réels* sont subordonnés aux rapports *personnels ;* en sortant de la famille civile, par quelque cause que ce soit, on rompt en même temps les rapports personnels et réels.

Mais la volonté du citoyen, Chef de famille, investi de la puissance absolue de tester, peut troubler, dans ses effets, la corrélation établie entre l'hérédité et l'état des personnes. Le droit du citoyen, dans la liberté de tester reconnue par les XII Tables, l'emporte sur le droit de la famille, tel qu'il est constitué par la loi. L'hérédité testamentaire est préférée à l'hérédité légitime. Le citoyen, membre de la souveraineté dans la Cité,

75 Cicéron le dit expressément dans sa définition, Topic. 6 : « Gentiles sunt : qui eodem inter se sunt nomine.... qui *capite non sunt deminuti.* »

76 Gaius, I. § 158 : *Quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest.* Gaius dit dans ce § 158 que la cognation n'est pas changée par la diminution de tête, mais l'*agnation*; il ne parle pas de la gentilité. La lacune relative à la gentilité est entre les §§ 164 et 165.

est souverain absolu dans sa famille. Le droit *individuel* de l'homme l'emporte sur le droit *collectif* de la famille civile ou naturelle; et ce principe de liberté testamentaire, de pouvoir individuel, forme l'un des caractères distinctifs du Droit romain, dans l'histoire du Droit des nations.

L'hérédité, testamentaire ou légitime, est la continuation de la personne; c'est un moyen aussi de continuer le culte domestique, les *sacra domûs*; mais si les héritiers siens, les agnats, les gentils, ou les héritiers institués négligent l'exercice de leurs droits, l'hérédité elle-même et les choses héréditaires peuvent être usucapées *pro herede* par le possesseur, qui s'en empare, soit avant l'immixtion des héritiers *siens* ou *nécessaires*, soit avant l'adition d'hérédité des héritiers externes. L'usucapion est acquise au possesseur, par une grande et primitive application de la POSSESSION ANNALE chez les Romains. Cette règle du droit antique était établie pour rendre promptes les aditions d'hérédité, prévenir l'interruption des sacrifices privés, et donner aux créanciers une personne contre laquelle ils pussent poursuivre leurs droits[77]; elle était, aussi, favorable aux agnats et aux gentils du second degré, qui pouvaient trouver dans l'usucapion *pro herede* un remède contre le défaut de dévolution du degré le plus proche au degré subséquent, et qui n'étaient pas ainsi totalement privés du secours de la loi, avant l'institution prétorienne de la succession *undè cognati*.

77 Gaius, II. §§ 54. 55. 56. Adrien a supprimé cette usucapion, sauf quand il y avait des héritiers nécessaires.

VIII. — Les héritiers siens, les agnats, les gentils, c'est là ce qui constitue la famille romaine, considérée, selon la Loi des XII Tables, dans ses ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX.

Mais la famille comprenait aussi des ÉLÉMENTS ACCESSOIRES : c'étaient les esclaves, les enfants *in mancipio*, les affranchis, les enfants émancipés ; et si la puissance paternelle formait l'unité de principe dans l'ordre fondamental, la puissance dominicale formait aussi l'unité de principe dans l'ordre accessoire de la famille romaine.

Il y avait unité de puissance pour faire sortir de la servitude les esclaves, les enfants placés *in mancipio*, et de la famille, les enfants soumis au pouvoir du père ou de l'aïeul ;

Il y avait identité de moyens pour l'action de cette puissance dominicale ;

Il y avait identité de droits sur la personne des esclaves affranchis et des enfants émancipés.

Les esclaves sont compris sous le nom générique de *famille*[78]. Ce que le père pouvait envers les esclaves, il le pouvait envers ses enfants, *patri licebat in filios quod in servos*. Il avait également le droit de vendre les uns et les autres, et le droit de les revendiquer comme sa chose[79] ; les enfants pouvaient être mancipés par le même mode que les esclaves[80]. — Si le père avait le

78 Servitutem quoque solemus appellare familias.
Familiæ appellatio *omnes servos* comprehendit, sed et *filii* continentur. (*Ulp.*, l. 195. *D. de Verb. Signif.*)

79 D. VI. I. 1. § 2 : Filium.... ex lege Quiritium vindicare posse.

80 Eodem modo quo etiam servi mancipari possunt. (*Gaius*, I. § 117.) Eodem modo serviles et liberæ personæ mancipantur. (*Gaius*, I. § 120.)

droit de vendre ses fils, de les livrer *in mancipio*, il avait aussi le droit de les affranchir; et l'émancipation du fils n'était, en définitive, qu'un affranchissement. Vendu par son père une première fois, le fils affranchi par l'acheteur rentrait sous la puissance paternelle; vendu une seconde fois et affranchi de nouveau, il retombait sous cette puissance; vendu une troisième fois, il était libre du pouvoir paternel[81]. Il ne pouvait plus être *in potestate*, mais il était *in mancipio*. Celui qui l'avait acheté du père le possédait *in causa mancipii*[82]; il avait sur lui le droit du maître, quoique le fils mancipé ne fût pas entièrement assimilé à l'esclave aux yeux de la Cité. — Le mancipé pouvait, en effet, obtenir sa liberté par le Cens, malgré le possesseur[83]; et, dégagé d'une servitude passagère, il reprenait les droits d'ingénuité. Hors ce cas d'affranchissement par l'intervention directe du magistrat, le fils placé *in causa mancipii* était affranchi comme l'esclave, par les modes ordinaires, la Vindicte, le Cens, le Testament[84], et celui qui l'avait affranchi devenait son patron. Si donc le père voulait se réserver le droit d'affranchir son fils, et d'exercer le patronage, à la troisième vente il imposait la condition de FIDUCIE à l'acheteur, qui

81 « SI PATER FILIUM TER VENUM DUIT, FIDIUS A PATRE LIBER ESTO. » (*Tab.* IV. 3. — *Ulp., Frag.* X. 1. *Gaius*, 1. §§ 132. 141. IV. 79.)

82 Gaius, II. § 160. S'il était institué héritier, il était, comme l'esclave, héritier nécessaire.

83 Gaius, 1. § 140 : Invito eo, cujus in mancipio sunt libertatem Censu consequi possunt.

§ 141. Adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licet.

84 Gaius, I. § 138 : Ii qui in causa mancipii sunt, quia *servorum loco habentur*, vindicta, censu, testamento manumissi, sui juris fiunt.

s'obligeait à lui faire la rémancipation du fils[85]. Par la rémancipation, le père possédait lui-même son fils *in mancipio*, et alors il pouvait, par la Vindicte, l'affranchir comme son esclave et devenir son patron. De ce droit primitif de ventes successives, et de cette institution du *mancipium* à l'égard des enfants vendus en vertu de la puissance paternelle, est venue *l'émancipation* qui se faisait par trois ventes fictives et non interrompues, par la rémancipation et par l'affranchissement devant le magistrat[86]. Le fils sortait par ce dernier affranchissement de l'état de mancipation, *ex mancipio ;* il était enfin *émancipé.*

L'Emancipation, dans sa forme symbolique, avait ainsi conservé l'identité de la puissance paternelle et de la puissance dominicale.

Elle était employée pour rendre le fils de famille *sui juris ;* elle était employée aussi comme préalable nécessaire dans l'adoption, pour faire passer le fils, *alieni juris*, d'une famille dans une autre. L'adoption se composait de deux actes essentiels : la triple *mancipation*, qui éteignait la puissance dans le père naturel, et la *vindication*, faite devant le magistrat par l'acheteur, c'est-à-dire par le père adoptif réclamant le fils contre le père naturel, qui le détenait encore après la troisième mancipation[87]. Cette vindication fictive devant le magistrat s'appelait *in jure cessio*, et les formes de l'adoption se compo-

85 « Quem pater *ea lege* mancipio dedit ut sibi *remancipetur.* » (*Gaius*, I. § 140.)

86 S'il s'agissait d'une fille ou d'un petit-fils, une vente seule suffisait, avec la rémancipation et l'affranchissement.

87 Aut jure mancipatur patri adoptivo vindicanti filium ab eo apud quem in tertia mancipatione est. (*Gaius*, I. 133.)

saient ainsi des formes combinées de l'émancipation et de la cessio in jure.—Le père adoptif ne pouvait ensuite faire sortir de sa puissance l'enfant adopté que par l'émancipation dans les formes ordinaires, ou par une seconde adoption réunissant les solennités combinées[88].

L'unité de puissance, à l'égard des esclaves affranchis et des enfants émancipés, produit deux corollaires importants, quant aux droits de succession et de tutelle.

1er COROLLAIRE : Le maître qui affranchit son esclave a le droit de patronage. La Loi des XII Tables accordait au patron le droit d'hérédité à l'égard des affranchis morts sans *héritiers siens* ou sans héritiers testamentaires[89]. Les enfants du patron ou ses descendants succédaient à son droit d'hérédité légitime. Le patron et ses descendants avaient aussi la *Tutelle légitime* de l'affranchi impubère ou de l'enfant impubère qui lui avait survécu[90]; les fils du patron étaient dits tuteurs légitimes, car si le père n'avait pas affranchi l'esclave, celui-ci, à la mort du maître, aurait été sous la puissance de ses enfants, héritiers siens.

88 Gaius, I. § 61 : Quum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit.....

89 Gaius, I. § 165 : Ad patronos liberosve eorum pertinere. — III. § 40 : Ita demum Lex XII Tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si *intestatus* mortuus esset libertus, nullo *suo* hærede relicto.

Ulp., Frag., tit. XXVII. § 1 : Libertorum intestatorum hæreditas primum ad *suos* hæredes pertinet; deinde ad eos quorum liberti sunt, velut patronum, patronam, liberosve patroni. » (*Id.*, tit. XXIX. § 1.)

90 La tutelle était dite *légitime*, bien qu'elle ne fût pas formellement établie par la loi des XII Tables, mais parce qu'elle en était descendue par *interprétation* et comme si elle avait été introduite par la loi elle-même. (*Inst. Just.* I. 17.)

2° COROLLAIRE : Le droit de patronage, par interprétation de la Loi des XII Tables, appartenait également, pour la *tutelle* et l'*hérédité* légitimes, au parent émancipateur (*manumissor*) et à ses fils, sur la personne et les biens de l'émancipé[91]; seulement, les fils du parent émancipateur étaient nommés, en droit, tuteurs *fiduciaires*[92]. Les enfants impubères, émancipés, ne pouvaient directement retomber sous la tutelle légitime de leurs frères, considérés en qualité d'agnats, puisque l'émancipation, petite diminution de tête, rompait l'agnation. Les frères étaient donc appelés à la tutelle de leurs frères émancipés par suite d'une réserve ou d'une clause de fiducie que l'on présumait avoir eu lieu au moment de l'émancipation; de là leur nom de tuteurs fiduciaires.

Le droit de patronage sur la personne des affranchis et sur leurs successions était identique au droit d'agnation dans la constitution de la famille. Les patrons et leurs enfants occupaient la place des agnats à l'égard de l'af-

91 « Et tunc, *ex edicto prætoris*, in hujus filii vel filiæ, vel nepotis, vel neptis bonis, qui quæve a parente manumissus, vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti quæ *tribuuntur patrono in bonis liberti*. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel *cæteri*, ipse parens ex manumissione *tutelam ejus nanciscitur*. (*Inst. Just.* I. 12. 6.) Ad legitimam successionem vocatur etiam parens qui contracta fiducia filium, vel filiam, nepotem, vel neptem ac deinceps emancipat. » (*Id.*, III. 2. 8.)

92 Gaius, I. §§ 172. 175. Le jurisconsulte dit (§ 166) : *Exemplo patronorum quoque fiduciaria tutela reperta est;* ce qui semblerait s'appliquer au titre même du parent émancipateur, qui serait appelé alors tuteur fiduciaire. Cependant on voit (§§ 172. 175) que le père émancipateur est regardé comme tuteur légitime, et au surplus, quel que soit son titre, *non minus huic quam patronis honor præstandus est.* (172.)

franchi, qui, né récemment à la vie civile, ne pouvait pas avoir encore d'agnats par le sang. C'était une agnation secondaire, créée à l'image de la grande agnation fondée sur les droits de consanguinité[93].

Cette assimilation était toute logique, car l'affranchi était vraiment associé à la famille du patron. L'affranchi prenait les noms du patron, en y ajoutant son nom individuel. Les droits d'hérédité des patrons et de ses enfants étaient, comme ceux des agnats, subordonnés à la condition que l'affranchi n'aurait pas laissé d'*héritiers siens* ou serait mort *sans testament*. — Les affranchis formaient ainsi une partie accessoire à la famille, qui existait dans le présent et s'étendait vers l'avenir.

Mais pouvaient-ils faire partie de la race, de la GENS? Evidemment non, puisqu'ils n'avaient pas de famille dans le passé. Ils naissaient à la vie de citoyen, à la vie de famille par l'affranchissement; ils n'avaient de racine que dans la famille civile et l'agnation représentée par le patron et ses enfants. Leur souche unique était dans le patron qui les avait affranchis[94]; ils ne pouvaient pas remonter plus haut : car plus haut, il n'y avait pour eux que la servitude, que la négation même de l'existence

93 Vinnius, Inst., lib. III. tit. 8. Legem XII Tab. non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum. (Comment. 1.)

94 L'affranchi qui avait appartenu à deux maîtres et qui avait deux patrons, ne pouvait pas avoir *deux souches;* aussi sa succession ne se divisait pas entre les enfants des deux patrons *in stirpes*, mais par tête *in capita*. — C'est ce que nous apprennent Ulpien, Frag., tit. XXVII. § 4, et Paul, Reg., sent. III. 2. § 3 : « Libertorum hæreditas *in capita* non in *stirpes* dividetur; et ideo si unius patroni duo sunt liberi, alterius quatuor, singuli viriles, id est, æquales portiones habebunt. »

civile. N'ayant point de passé dans la famille, ils n'avaient pas de race, ils étaient SINE GENTE, selon l'expression d'Horace [95]. — « Sont GENTILES, ceux qui sont nés de parents ingénus, dit Cicéron, et dont les ancêtres n'ont jamais subi la servitude. »

Les affranchis ne pouvant avoir cette qualité de gentils, ne pouvaient participer, dans l'ordre civil, au droit de gentilité : ce qui composait le *Gentilicium jus* de la Loi des XII Tables leur restait nécessairement étranger [96]. Ils ne pouvaient exercer ce droit ni en subir les effets, car ce droit était fondé sur des liens de famille, qui ont pour caractère la réciprocité. Il n'y avait donc, par rapport à eux, ni hérédité, ni tutelle ou curatelle des gentils. Il y avait à leur égard droit de patronage et continuation du droit de patronage dans la ligne directe et descendante, soit du patron, soit de l'affranchi ; il y avait droit de souche et d'agnation, mais il ne pouvait y avoir, ni activement ni passivement, droit de gentilité.

Cicéron rappelle, précisément à l'égard d'un affranchi, la différence ancienne du droit de *souche* et du droit de *gentilité*, STIRPIS AC GENTILITATIS [97]. — Dans l'ingénieux système d'un savant professeur, les affranchis n'ont

95 Horat., Sat. II. 5. v. 15. Ailleurs il dit *generosus et non libertinus*, et l'on sait que les écrivains latins employaient indifféremment *gens* ou *genus*.

96 Gaius, III. 17, emploie cette expression de *gentilicium jus*, précisément après avoir dit que la Loi des XII Tables appelait les gentils à l'hérédité, à défaut d'agnats : preuve certaine que la loi ne confondait pas les uns et les autres dans la même notion.

97 Cic., de Orat., I. 39 : Quid? Qua de re inter Marcellos et Claudios patricios Centumviri judicarunt, quum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii ejusdem hominis hereditatem, gente ad se re-

jamais la qualité de GENTILES, mais les membres de la famille affranchissante, les descendants du patron, sont GENTILES à l'égard des descendants d'affranchis, malgré l'absence de toute réciprocité dans le lien civil. La *continuation du droit de patronage,* dans les lignes directes et descendantes du patron et de l'affranchi, est ainsi transformée en droit de gentilité. — Nous ne pouvons pas présenter ici une dissertation spéciale à ce sujet; mais une raison nous paraît péremptoire pour écarter l'idée nouvelle.

D'après la Loi des XII Tables, les *gentils* ne sont appelés à l'hérédité qu'à défaut d'*agnats.* — Il n'est donc pas possible de les confondre en un seul ordre d'héritiers : ils forment deux ordres distincts de succession; et ces deux ordres d'héritiers sont distincts, parce que les lignes de parenté sont différentes, ainsi qu'on l'a vu dans l'organisation de la famille romaine. Or, dans le système de M. Ortolan, le droit de succession, qui s'appelle Droit de Patronage, à l'égard du patron et de ses descendants succédant à l'affranchi, s'appelle Droit de Gentilité quand les *descendants* du patron succèdent à *ceux* de l'affranchi. Mais comment l'ordre d'hérédité aurait-il pu changer, puisqu'il n'y a pas eu changement de LIGNE, et seulement de DEGRÉS? Cette transformation, dans la même ligne, est contraire à la nature des choses[98].

diisse dicerent; nonne in ea causa fuit oratoribus de *toto* STIRPIS ac GENTILITATIS *jure dicendum?*

Ernesti, dans son Index latinitatis ad Cicer., dit très-bien : *Stirps*, seu familia, *pars gentis.*

98. Sur les deux systèmes de Niebuhr et de M. Ortolan, nous avons fait une dissertation spéciale dans la Revue bretonne, t. III, p. 83.

IX. — Nous avons analysé la famille romaine *sui generis ;* nous n'avons encore tenu aucun compte de la distinction des familles patriciennes et plébéiennes.

Il faut, cependant, apprécier les effets de cette distinction aristocratique, consacrée par la Loi des XII Tables.

La Loi des XII Tables avait prohibé le mariage, ou le *connubium* entre patriciens et plébéiens; elle avait maintenu la barrière élevée par les mœurs et par l'aristocratie des temps antérieurs[99].

Cette prohibition empêchait les droits de famille de se communiquer entre patriciens et plébéiens.

En effet, le *jus connubii* entraînait, 1° la puissance paternelle; 2° l'agnation; 3° la gentilité; 4° l'hérédité légitime ou *ab intestat ;* 5° la tutelle et curatelle légitimes. — Par cela même que le *connubium* n'existait pas entre les deux classes, il y avait entre elles séparation dans l'ordre civil, puisque les patriciens à l'égard des plébéiens, comme les plébéiens à l'égard des patriciens, ne pouvaient avoir ni la puissance paternelle, ni les droits d'agnation ou de gentilité, ni les droits d'hérédité ou de tutelle légitimes, résultant des justes noces.

Toutefois, cette séparation n'était pas absolue entre les deux classes : il y avait entre elles des liens possibles et légitimes, par l'institution du patronage et des clientèles, par le droit d'adoption et d'adrogation, et enfin par le droit de testament.

L'institution du patronage patricien était, comme on l'a vu plus haut, un lien à la fois politique et civil entre les deux classes de citoyens.

99 Tab. XI. 1. Ne connubium patribus cum plebe. (*Cic.*, *de Rep.*, II. 37.) Gaius, ad Legem XII. Tab. D., *de Verb. Sig.*, L. 238.

L'adoption pouvait former un lien civil entre une famille patricienne et une personne d'une autre origine.

L'adrogation établissait le lien de famille entre l'adrogeant, l'adrogé et les enfants de l'adrogé. C'est par l'effet de cette institution, civile et politique à la fois, que les Gentes patriciennes purent comprendre dans leur sein des familles ou des branches d'origine plébéienne, mais ingénue. La GENS CLAUDIA, par exemple, comprenait les Marcellus d'origine plébéienne et les Claudius d'origine patricienne[100].

Le droit de tester pouvait étendre aussi ses effets d'une classe sur l'autre : l'héritier institué représentait la personne du défunt. Titre de transmission héréditaire, *per universitatem,* le testament était un moyen de rapprochement, de communication, de transmission de patrimoines entre les familles des deux Ordres.

Ainsi, la barrière posée entre les patriciens et les plébéiens, par la prohibition du *connubium,* n'était pas tellement élevée qu'il n'y eût encore entre les deux classes des liens possibles et reconnus par le Droit des XII Tables :

Relativement aux PERSONNES, par le patronage et l'adoption ;

Relativement aux FAMILLES, par l'adrogation ;

Relativement à la transmission des PATRIMOINES, par le testament.

Mais la distinction aristocratique, consacrée par la Loi

100 Cic., de Orat., I. 39. — Niebuhr, voulant que les Gentes soient *patriciennes*, a expliqué par des *mésalliances* ce qui était le résultat de l'*adrogation*.

des XII Tables, était en opposition directe avec l'esprit de la révolution plébéienne qui avait institué les tribuns et réclamé des lois écrites : aussi elle n'eut pas une longue existence dans la loi. Le principe de la révolution politique s'efforça de pénétrer promptement dans la société civile, et la prohibition du mariage entre les patriciens et les plébéiens fut abolie, en 309, sur la proposition d'un tribun, par la loi CANULEIA, six ans seulement après la promulgation des XII Tables[101].

A la vérité, cette loi était un plébiscite, et les plébiscites alors n'étaient obligatoires que pour les plébéiens. Mais après l'habile classement des citoyens dans les tribus par le censeur Fabius Maximus, les plébiscites devinrent, en vertu de la loi Hortensia, exécutoires pour tous les citoyens [468]. Les rapprochements des deux classes, favorisés par les mœurs et le partage des dignités de la république, n'eurent plus dès lors aucun obstacle dans la loi civile de Rome; et Cicéron met dans la bouche de Scipion un langage qui montre combien les hommes éminents de l'aristocratie romaine étaient opposés au vieil orgueil des Castes : il qualifie l'ancienne prohibition de loi inique et très-inhumaine[102].

101 Tit. Liv., IV. 1 : Anni principio et de connubio patrum et plebis C. Canuleius tribunus plebis rogationem promulgavit, qua contaminari sanguinem suum patres, confundique *jura gentium* rebantur. (L'expression *confundi jura gentium* prouve, contre Niebuhr, que déjà les plébéiens avaient le *jus gentis*, mais séparé des gentes *patriciæ*.)

102 Cic., de Rep., II. 39 : Duabus Tabulis *iniquarum legum* additis quibus connubia ut ne Plebei cum patribus essent, *inhumanissima lege* sanxerunt.

X. — Nous avons déterminé la constitution de la famille romaine :

Par son PRINCIPE, la puissance paternelle et la cité, la puissance paternelle dérivant du mariage légitime et d'institutions purement civiles;

Par ses ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX, les Héritiers siens, les Agnats, les Gentils, la condition civile de la Femme romaine selon ses diverses situations, — la subordination des droits d'hérédité légitimè au maintien de la personne dans la famille civile, et la supériorité de l'hérédité testamentaire sur la qualité d'héritier du sang;

Nous l'avons déterminée aussi,

Par ses ÉLÉMENTS ACCESSOIRES, les esclaves, les enfants *in mancipio,* les enfants émancipés, les affranchis;

Par son ÉLÉMENT POLITIQUE, la prohibition du Connubium entre les familles patriciennes et plébéiennes, ou la distinction, maintenue par la Loi des XII Tables, entre les deux Ordres de Citoyens, sans atteinte portée, cependant, à l'unité du droit de la Famille et de la Cité.

Passons maintenant au droit de propriété.

# SECTION III.

## PROPRIÉTÉ ROMAINE (DOMINIUM EX JURE QUIRITIUM).

---

SOMMAIRE.



---

### § 1er. DIVISION PRIMITIVE DE L'AGER ROMANUS. — PRINCIPE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

L'idée de la CITÉ ROMAINE qui avait dominé la famille s'est imposée à la propriété. Il ne peut y avoir qu'une propriété à Rome, la propriété romaine, laquelle est concentrée d'abord dans un étroit territoire, L'AGER ROMANUS.

Une division de L'AGER ROMANUS fut opérée dans les temps voisins de la fondation de Rome. Une première partie avait été consacrée au culte divin et avait formé

la distinction des choses *divini juris*, qui s'est retrouvée dans la Loi des XII Tables et dans le Droit postérieur. — Une seconde partie fut attribuée à la Cité, tant pour les lieux publics, les édifices et leurs dépendances, que comme source de revenus. Elle est le principe et des *Res publicæ* et de *l'Ager publicus*. Les terres confisquées sur les peuples *déditices* faisaient partie de ce domaine du peuple romain[1]. — Enfin une troisième partie fut attribuée aux citoyens en particulier; et Cicéron nous apprend, au Traité de la République, que la division fut faite par tête entre les citoyens : ROMULUS... DIVIDIT VIRITIM CIVIBUS[2]. Ce mode de distribution, attesté par un écrivain aussi grave, qui avait pu consulter les annales des pontifes[3], renverse tout le système de Vico et de Niebuhr sur l'assimilation du droit civil de Rome au droit féodal, sur la distinction supposée d'une propriété patricienne et d'une propriété plébéienne, analogue à notre division coutumière des fiefs nobles et des héritages roturiers. De cette répartition, à titre singulier, s'était formé l'*Ager privatus*, qui, distribué par l'Autorité publique entre les citoyens originaires appelés QUIRITES, est devenu dans la langue du droit le DOMINIUM EX JURE QUIRITIUM.

Toutefois, il faut bien le remarquer, cette source his-

1 DOMINIUM POPULI ROMANI. (*Gaius*, II. § 2.)

La formule des *déditices* a été conservée. (*Tite-Live*, I. 8. — VIII. 81. — Voir aussi les RECHERCHES SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ, *par M. Giraud*, I. 162.)

2 De Rep., II. 14. (Partie découverte de nos jours par M. Angelo Maï, traduite par M. Villemain, et précédée d'une savante Introduction.)

3 M. Leclerc a prouvé, dans son livre sur les *Annales*, combien cette preuve était précieuse pour les antiquités romaines.

torique indiquée par Cicéron ne peut porter aucune atteinte au principe naturel de la propriété privée, dans la doctrine du droit romain. Un Etat, à son origine, peut répartir, dans des vues d'intérêt public, le territoire qu'il occupe, entre les membres qui vont former la société nouvelle; mais l'occupation générale n'a pu constituer un droit, que parce qu'elle était la somme, le symbole ou la garantie des occupations particulières. L'occupation particulière du sol par les individus, avec l'intention de le posséder en maîtres, est la racine primitive du droit de propriété; c'est le droit d'occupation primordiale, le moyen naturel d'acquérir. La libre volonté de l'homme se mettant en rapport de puissance avec la terre, avec les objets extérieurs, imprime à la chose le MOI humain, la fait CHOSE MIENNE, et dès lors sacrée comme la liberté elle-même : tel est le principe fondamental que le droit civil de Rome a emprunté au droit naturel; et Cicéron ne craignait pas d'affirmer que si les hommes étaient conduits par la nature même à l'état de société, les villes étaient établies, cependant, les cités et les républiques constituées pour garantir la propriété, et dans le but surtout QUE CHACUN CONSERVERAIT SA CHOSE, UT SUA TENERENT[4].

La division première de l'*Ager romanus*, indiquée par Cicéron, est donc une origine historique utile à recueillir, mais qui ne doit pas être transportée dans la théorie fondamentale du droit de propriété, comme si la

4. Cic., de Off., II. 21 : Hanc enim ob causam maxime ut sua tenerent, respublicæ civitatesque constitutæ sunt. Nam etsi duce natura, congregabantur homines, tamen spe custodiæ rerum suarum urbium præsidia quærebant.

propriété n'avait pour principe que la volonté du corps social.

§ 2. — DIVISION DES CHOSES, D'APRÈS LE DROIT CIVIL DE ROME.

La division originaire du territoire romain en trois parties avait conduit à une division des choses en trois grandes classes : en RES NULLIUS, de droit divin; RES NULLIUS, de droit humain, et CHOSES DE NOTRE PATRIMOINE.

I. — Les choses de *droit divin*, consacrées aux Dieux supérieurs par l'autorité du peuple romain, RES SACRÆ; à la Cité elle-même par la sanction pénale de la loi, comme les portes, les murs de Rome, RES SANCTÆ; aux Dieux Mânes par le propriétaire, qui imprimait au sol un caractère religieux, en y déposant la dépouillle mortelle de l'homme libre ou esclave, RES RELIGIOSÆ : — toutes ces choses étaient en dehors de la propriété des citoyens, du *jus commercii;* elles étaient imprescriptibles, et ne pouvaient être aliénées qu'en vertu d'une loi[5].

II. — Les choses dépendant du domaine public, dont l'usage est à tous les citoyens, comme les fleuves, les ports, les voies publiques, RES PUBLICÆ, sont enlevées également au commerce, soit par leur nature, soit par leur destination sociale.

L'*ager publicus* qui, par sa nature, était susceptible de culture, de revenus, de propriété privée, mais qui de-

5 Gaius, II. 48 : Liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est.

vait, par la destination de ses produits, subvenir aux dépenses de la République, était placé aussi en dehors de la propriété des citoyens; il ne pouvait être acquis par usucapion[6]; il était réputé inaliénable; il ne pouvait se confondre dans *le domaine des citoyens* que de l'autorité du peuple romain et en vertu d'une loi[7]. — La possession de l'ager publicus, non converti par une loi en domaine privé, était livrée cependant à des citoyens qui payaient à la Cité une redevance (*vectigal*). Ces champs, ainsi détenus, et quelquefois usurpés par les citoyens riches, patriciens ou chevaliers, sont appelés *possessiones*. Dès les premiers siècles de Rome, l'équivoque et fructueuse possession est reprochée aux patriciens. Tite-Live dit, en parlant de la première proposition d'une loi agraire, faite par Sp. Cassius : « Elle effrayait beaucoup les sénateurs, » possesseurs eux-mêmes de ces terres, et menacés dans » leur jouissance[8]. » Les puissants détenteurs des domaines de la République en concédaient à leurs clients la culture précaire[9]; et c'est à cette concession secondaire, faite par les patrons en faveur de leurs clients plébéiens, mais révocable à volonté, que Niebuhr et Savigny ont rapporté, avec toute vraisemblance, l'origine du PRÉCAIRE, et de l'interdit DE PRECARIO, destiné

6 Aggenus de Controv. agr. : Quod solum populi R. esse cœpit nullomodo usucapi a quoquam mortalium posse. (*Ed. Goesii*, p. 69.)

7 Publica res in privatim deduci potest. (*Inst.*, III. 19. 2.)

8 Id multos quidem patrum *ipsos possessores* periculo rerum suarum terrebat. (*Tite-Live*, II. 41.)

Les détenteurs étaient dits avoir l'*usus et possessio*.

9 Ii Patres dicti sunt quia agrorum partes adtribuerant *tenuioribus* perinde ac liberis. (*Festi Frag. Cod. Farn.*, *lib.* XVI, *ed. Muller*, p. 246.)

d'abord à faire déguerpir le client de mauvaise volonté[10].

III. — La propriété privée, *ager privatus*, reposait sur la qualité romaine, tant du fonds que du propriétaire, et sur le caractère romain des moyens d'aliénation et de transmission. Il faut être citoyen romain pour être propriétaire, et chaque citoyen est propriétaire selon le droit de la Cité, ou il n'est pas propriétaire. L'UNITÉ PRIMITIVE a été formellement établie par Gaius : « *Aut enim* EX JURE » QUIRITIUM *unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur* » *dominus*. » (II. § 40). La propriété privée a donc, à Rome, dans la première période du droit, un caractère unique, celui du DOMAINE QUIRITAIRE.

Et non seulement le droit de propriété, mais les droits analogues ou accessoires, savoir, l'usufruit et les servitudes prédiales, sont aussi constitués ou acquis *ex jure Quiritium*[11].

IV.—La division des choses de droit divin, de droit

10 Traité du Droit de possession, sect. 1re. § 12. 3. et § 42.

Niebuhr, Hist. rom., III. p. 199. « Par rapport aux patrons, la possession des clients n'était pas moins précaire que ne l'était celle des détenteurs envers l'Etat; car les patrons, pour prix de leur soumission, leur concédaient une petite partie du domaine de l'État. — Ils le concédaient, est-il dit (dans le Fragment de Festus), comme à leurs propres enfants (*tenuioribus perinde ac liberis propriis.*) Or, la durée de la possession que le fils tenait du père dépendait uniquement de celui-ci. »

En droit primitif, les termes de *possessio, possessiones, possessor, esse in possessione*, et de *precarium*, étaient relatifs à l'*ager publicus*.

11 Le droit de *superficie* est une institution prétorienne, et l'emphythéose est une institution impériale. — Il n'en est pas question dans le droit primitif. Vico s'est mépris sur l'emphythéose, qu'il a regardée comme un contrat primitif.

public, de droit privé, était générale, et pouvait embrasser toutes les choses, d'après leur nature ou leur destination; mais une autre division concernait plus spécialement les biens dans leur rapport avec le domaine privé des citoyens.

Toutes les choses *immobilières*, *mobilières* ou *incorporelles* étaient comprises sous la division antique des *res Mancipi aut nec Mancipi*[12].

Cette seconde division, consacrée par la Loi des XII Tables[13], a pris son origine dans l'idée de la propriété, considérée par les Romains, d'après l'une de ses causes primitives, la victoire ou la prise sur l'ennemi : « Aucune » chose, dit Cicéron, n'est dans le domaine privé par la » nature, mais par une ancienne *occupation* ou par la *victoire*[14]. » — MANCIPIUM, *quod* MANU *capitur,* disait Varron; MANCIPIA *vero dicta quod ab* HOSTIBUS *manu capiuntur,* disait le jurisconsulte Florentinus, en parlant des esclaves[15]. Cette idée primitive, l'un des fondements du droit de propriété, est restée dans le droit civil. « Les choses » que nous avons prises sur l'ennemi deviennent nôtres, » par la raison naturelle, dit Gaius : le Romain regar-

12 Frag. Ulp., XIX. 1 : Omnes res aut mancipi sunt, aut nec mancipi. (*Id.*, II. 27.)

13 Gaius, II. 47. M. Blondeau, s'appuyant sur l'opinion d'un Savant étranger, a cru pouvoir regarder cette doctrine comme douteuse; mais c'était trop de condescendance pour une opinion, et la distinction des *res mancipi et non*, qui est dans le texte de Gaius, est mise, par M. Blondeau, au rang des fragments restitués des XII Tables. (V. CHRESTOMATHIE, p. 209,—et *Jus ante Justinianeum*, *Tabula* V. 2.)

14 Il ajoute : LEGE, PACTIONE, CONDITIONE, SORTE. (*Off.*, I. 7.)

15 Varro, de Ling. lat., 85. § VI. Florent., D. I. 4. § 3.)

» dait surtout comme sienne la chose qu'il avait prise » sur l'ennemi [16]. » — De là l'antique usage de la lance, comme symbole du droit de propriété [17]. La lance était dressée devant le tribunal des Centumvirs, juges des questions de propriété. Dans la revendication réelle ou fictive d'une chose ou d'un esclave, on se servait d'une baguette, image de la pique guerrière [18]. L'idée de conquête, de prise sur l'ennemi, se retrouvait sans cesse dans le droit de propriété romaine. Aussi le mot MANCIPIUM a d'abord exprimé la propriété elle-même, par l'indication de sa cause principale; il a exprimé ensuite le caractère supérieur, attaché aux objets les plus importants, compris dans le domaine du citoyen; et il a fini par indiquer le moyen civil employé pour faire passer, d'un citoyen à un autre, le droit de propriété sur certains objets. Dans cette dernière signification, *mancipium* fut employé pour *mancipatio* [19]. C'est le sens qui s'attache définitivement à la division des choses *mancipi et non* : les *res mancipi* sont celles dont la propriété est transférée d'un citoyen à un autre par la mancipation; les *res nec mancipi* celles dont la propriété est transférée par la simple tradition.

16 Ea quæ ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra fiunt. (*Gaius*, II. 69.) — Maxime enim sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent. (*Gaius*, IV. § 16.)

17 La dénomination de *quirites* et de domaine *ex jure quiritium* tire sa racine du vieux mot latin *quir, quiris*, qui veut dire lance, selon Vico (*Scienza nuova.*)

18 FESTUCA autem utebantur QUASI HASTÆ LOCO, signo quodam JUSTI DOMINII. (*Gaius*, IV. § 16.)

19 Gaius, II. § 121 : *Mancipatio* dicitur, quia res manu capitur.

Le caractère des Res Mancipi s'applique aux choses qui étaient connues des premiers Romains, et qui, par leur nature immuable et renfermée dans un étroit territoire, ou par leur individualité facile à reconnaître, devenaient entre les citoyens la base d'une propriété durable. — Nous devons constater ce caractère ou son absence, à l'égard des choses immobilières, mobilières et incorporelles.

1° Les immeubles, c'est-à-dire les maisons et les fonds de terre, compris dans l'Ager romanus, avaient seuls, dans les premiers temps, et sous l'empire de la Loi des XII Tables, la qualité de Res Mancipi : les autres terres, situées hors de ces étroites limites, étaient Res non Mancipi.

2° Parmi les choses mobilières (*se moventes vel mobiles*), les esclaves et les animaux qui servaient à l'exploitation des terres ou aux transports, et sur lesquels chacun exerce, à raison de leur individualité, une propriété permanente, sont Res Mancipi[20]; mais les animaux sauvages, dont la propriété se perd dès qu'ils se sont dérobés à notre garde, et les animaux d'origine étrangère inconnus aux premiers Romains, comme les éléphants, qui étonnèrent l'armée romaine lors de la guerre de Pyrrhus, sont Res non Mancipi. — De même, les choses qui ne forment pas un corps certain, une individualité, mais qui peuvent se remplacer les unes par les autres, qui se pèsent, se mesurent, se comptent, comme l'huile, le blé, le vin, les étoffes, le numéraire, sont Res nec Mancipi.

20 Servi et quadrupedes qui dorso, collo domantur, velut boves, muli, equi, asini. (*Ulp.*, *Frag.* XIX.)

Et ici l'on doit remarquer combien était judicieuse la classification des choses mobilières parmi les Res Mancipi aut nec Mancipi, faite par les Romains des premiers siècles. Au mouvement libre et naturel de la tradition, ils avaient laissé les objets de consommation et les signes de valeur, ce qui constituait le commerce primitif; et, dans la suite, par l'effet de leur division, les choses de luxe, matière du commerce de terre et de mer, les métaux, l'or, les pierreries, les diamants, les objets de tout genre les plus précieux, se trouvèrent confondus dans la classe illimitée des choses non Mancipi; de sorte que la division des *Res Mancipi vel non*, appliquée aux choses mobilières, ne pouvait nullement entraver le commerce et l'industrie des âges postérieurs, ni comprimer les besoins d'une civilisation plus avancée ou plus exigeante.

3° Les choses incorporelles, en général (*Jura*), comme les droits de servitude prédiale, le droit d'usufruit, le droit d'hérédité, les obligations ou créances, étaient considérées comme Res nec Mancipi. — Toutefois, il existait, à ce sujet, une grande distinction entre les servitudes rustiques et les servitudes urbaines. Les servitudes rustiques[21], presque aussi anciennes que la propriété des champs, furent assimilées aux fonds de terre pour l'utilité desquels elles étaient créées, et réputées Res Mancipi, comme les héritages eux-mêmes. — Les servitudes urbaines, au contraire, sont considérées comme Res non Mancipi; et cette différence, qui paraît d'abord difficile à expliquer, trouve sa raison dans l'un des carac-

21. Iter, actus, via, aquæ-ductus; — aquæ haustum, Jus pascendi, arenæ fodiendæ, etc.... (*Inst.* II. 3.)

tères que nous avons assignés aux choses Mancipi. En effet, les servitudes urbaines n'ont été connues à Rome que tardivement. D'après la Loi des XII Tables, on devait laisser entre les maisons un espace libre de deux pieds et demi, *ambitus*[22], précaution légale qui prévenait la plupart des servitudes urbaines[23]; et par cela même que les servitudes urbaines n'avaient pas été connues dès les premiers temps, elles n'avaient pas été classées, comme les servitudes rurales, parmi les *res mancipi*. On peut en dire autant de l'usufruit, qui n'a été définitivement établi dans le droit civil, comme servitude personnelle, qu'après la Loi des XII Tables[24]. — Ces droits de servitudes urbaines ou d'usufruit, ne constituant pas des Res Mancipi, ne pouvaient être transférés par la mancipation, comme les servitudes rustiques, mais seulement par la Cession *in jure* introduite après la Loi des XII Tables, et applicable tout à la fois aux *res mancipi* et aux choses incorporelles *nec mancipi*.

La Cession *in jure* était une forme symbolique, d'après laquelle un citoyen paraissait revendiquer contre un autre, devant le magistrat, des droits de propriété, d'usufruit, de servitude; l'autre citoyen ne contredisant pas, le magistrat attribuait les droits réclamés[25]. — Le droit

22 AMBITUS. — Inter vicinorum ædificia locus duorum pedum et semipedis ad circumeundi facultatem relictus. *(Festus.)*

23 Par exemple : Le Jus *tigni immittendi;* le Jus *stillicidii;* même le Jus *luminum* pris dans un sens restreint. — Gravina paraît avoir entrevu cette raison de différence, sans la donner positivement. (*De Ort. et Prog.*, II. cap. 44.)

24 G. Hugo, I. § 85. — M. Ortolan, Inst., II. p. 294.

25 Elle était employée aussi dans l'adoption, dans la revendication de liberté (*causa liberalis*).

d'hérédité, chose incorporelle, pouvait être ainsi transféré par la Cession *in jure*[26]. Mais les créances (*obligationes*), bien que classées par les jurisconsultes parmi les choses incorporelles, ne pouvaient être cédées *in jure :* elles ne passaient sur la tête d'un tiers que si le tiers stipulait directement du débiteur, par l'ordre du créancier; ce qui opérait novation d'obligation[27].

§ 3. — MODES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ, A TITRE PARTICULIER.

En résumant les résultats que donne l'histoire du droit, sur la distinction générale des choses *mancipi aut nec mancipi*, et sur les moyens du droit civil d'acquérir ou d'aliéner la propriété, à titre singulier, on trouve, sous le Droit des XII Tables, les six modes rappelés dans un précieux fragment d'Ulpien : « La mancipation, la tradition, l'usucapion, la cession *in jure*, l'adjudication, la loi[28]. »

I. — La MANCIPATION s'appliquait aux immeubles romains, aux servitudes rustiques, aux choses mobilières classées parmi les *res mancipi;* et la mancipation était la forme suivie pour la transmission de propriété, par acte entre-vifs, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. Dans ce dernier cas, la mancipation se faisait *causa donationis*, et la donation entre vifs, sous cette forme symbolique,

26 Gaius, II. § 34 : Hæreditas quoque in jure cessionem tantum recipit.

27 Gaius, II. §§ 38. 39 : Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere. — Voir *infra*, dans ce chapitre, la sect. IV. §§ 4 et 5.

28 Singularum rerum dominia nobis acquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege. XIX. 2.

ne connaissait pas d'abord de limite légale à l'égard des personnes. La Loi Cincia [de l'an 550] défendit, la première, de donner au-delà d'une valeur déterminée, sauf exception en faveur de certaines personnes [29]. Bien que le contrat de vente, du droit des gens (*emptio-venditio*), se soit introduit dans le droit romain postérieurement à la Loi des XII Tables, il ne faut pas croire cependant que l'EMPTIO fût un mot inconnu à la Loi civile. EMPTIO était employé par les XII Tables dans le sens générique d'aliénation, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit : LEX XII TABULARUM EMPTIONIS VERBO OMNEM ALIENATIONEM COMPLEXA VIDETUR [30].

II. — La TRADITION précédée d'une juste cause, d'un titre onéreux ou gratuit, était applicable aux choses corporelles et mobilières *nec mancipi* ; mais, bien que ce fût un moyen d'acquérir du droit naturel, le citoyen romain acquérait sur les choses mobilières, ainsi transmises, le domaine EX JURE QUIRITIUM, parce que le moyen naturel était sanctionné par le droit de la Cité.

III. — L'USUCAPION était applicable aux seuls immeubles romains et aux choses mobilières *mancipi vel non mancipi.* Le domaine était acquis, entre citoyens seulement, par l'usucapion de deux ans sur un immeuble romain : 1° si la tradition avait été faite par le véritable proprié-

29 Frag. Vaticana ad legem Cinciam. — Voyez *infra*, sur la loi Cincia, ch. V. sect. 2. § 2. n° 1.

30 D., XL. 7. 29. § 1. — Frag. Pomp.

Merlin, Questions de droit, v° Héritier, § 3. p. 337 (3e édit.), dit : « Le mot EMPTOR, pris dans le sens le plus large, s'entend de l'ac- » quéreur à titre gratuit et à titre onéreux. »

taire, sans emploi des formes solennelles de la mancipation; 2° s'il y avait mancipation et tradition faite par un non propriétaire en faveur d'un acquéreur de bonne foi[31]. — Les choses mobilières, *mancipi aut nec mancipi*, étaient acquises entre citoyens par l'usucapion d'un an, quand la tradition avait une juste cause, et le domaine était toujours acquis *ex jure Quiritium*.

Les servitudes, dans les premiers temps, n'étaient pas regardées comme susceptibles même de *quasi-possession*: elles ne pouvaient donc s'acquérir par usucapion; mais elles se perdaient par le non-usage de deux ans; toutefois, la servitude d'aqueduc, éteinte d'abord par non-usage, revivait par un nouvel exercice de deux années[32].

IV. — La Cessio in Jure était applicable, comme la Mancipation, aux édifices et aux fonds de l'ager romanus; mais elle était seule et exclusivement employée pour la constitution ou la transmission, par acte entre vifs, des servitudes urbaines, des servitudes personnelles, et

31 Gaius, II. § 204 : Si mancipi rem tantum tradiderit, nec mancipaverit, usucapione... pleno jure fit.

Usucapione dominia adipiscimur tam mancipi rerum quam non mancipi. (*Ulp. Frag.*, XIX. § 8. — *Gaius*, II. §§ 41. 43. 65.) — Cette règle, malgré sa généralité, ne s'applique pas aux choses immobilières *non mancipi*, comme les fonds provinciaux ou étrangers.

32 D. VIII. 2. 20. 32. Ulpien.

Labéon établissait encore la règle sur la non-possession ou quasi-possession en matière de servitude; mais les jurisconsultes postérieurs (comme on le voit au Digeste, liv. XLIII. tit. 18; liv. VIII, tit. 2) reconnurent une quasi-tradition ou possession par l'*usage* de la servitude. — De là des règles différentes et très-compliquées sur la prescription des servitudes. (On peut consulter le savant ouvrage de J. D'Avezan : *Servitutum liber*, *pars nona et ultima*. Aureliæ, 1650.

pour la cession des droits d'hérédité ou des autres droits incorporels, sauf les créances.

V. — L'ADJUDICATION, sous la Loi des XII Tables, avait pour objet de faire cesser l'indivision des patrimoines entre cohéritiers, l'indivision de la chose commune entre plusieurs citoyens, volontairement associés ou simples communistes, et l'incertitude ou les discussions sur les limites des héritages limitrophes.

Les trois actions qui tendaient à ce but dérivaient des XII Tables[33]. Gaius le dit d'abord pour l'action *familiæ erciscundæ*[34]; de plus, la Loi s'occupait expressément des *consortes* ou copropriétaires, entre lesquels il fallait opérer la division (*communi dividundo*)[35]; enfin, elle employait le terme de *jurgare* pour indiquer la contestation des limites entre voisins. — La Loi, du reste, avait abrogé la rigueur du Droit Pontifical sur les limites des héritages. Selon une tradition Étrusque, celui qui violait la limite sacrée des héritages, impie envers le Dieu TERME (*Jupiter Terminalis*) était dévoué aux Dieux, lui et les bœufs attelés à la charrue[36]. La Loi des XII Tables, pour prévenir le sacrilége, voulait qu'on laissât

33 Ce sont les actions : 1° Familiæ erciscundæ; 2° Communi dividundo; 3° Finium regundorum, qui ont été qualifiées d'actions *mixtes*, parce qu'elles ont pour objet la propriété et des prestations possibles; théorie d'*actions mixtes* fort contestable; l'action mixte est plutôt celle qualifiée en D. R. *actio personalis in rem scripta*.

34 Hæc actio proficiscitur e lege XII Tabularum. F. Gaii. D., x. 2. 1.

35 Festus : ERCTUM, CITUMQUE, FIT INTER CONSORTES, ut in libris legum romanarum legitur; erctum a coercendo dictum.

36 Numa Pompilius statuit eum qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacros esse (Festus, v° Term. p 388); — et Rech. sur le droit de prop., M. Giraud, p. 52, 119.

entre les propriétés rurales un espace libre de cinq pieds, espace imprescriptible; et quand il y avait discussion sur les limites (*jurgatio*), trois Arbitres prononçaient. Cette disposition passait, dans l'opinion des jurisconsultes, pour avoir été empruntée par les Décemvirs aux lois de Solon [37].

VI. La LOI est indiquée comme dernier mode d'acquisition. Ulpien désignait principalement ainsi le LEGS, exécutoire en vertu de la Loi des XII Tables, *legatum ex Lege duodecim Tabularum* [38]. C'est le legs *per vindicationem* qui se plaçait sous ce mode d'acquisition. La chose du testateur, léguée sous forme impérative et directe (DO, LEGO) devenait, immédiatement après l'adition d'hérédité, la propriété du légataire, qui la réclamait de l'héritier comme sienne, *ex jure Quiritium* [39]. — Le Legs n'était pas cependant la seule application du mode d'acquérir par la Loi. Ulpien désigne, comme exemple, la loi Pappia Poppæa, sur l'attribution des choses caduques et de celles enlevées aux héritiers indignes [40]. Mais

37 Gaius, ad Legem XII Tabularum. — D., x. 1. 13. Sciendum est in actione finium regundorum illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo legis, scriptum est, quam Athenis SOLONEM dicitur tulisse.

Vid. Tabul. XII, et Tabul. VII. 2. 4.

38 Ulp. Frag., tit. XIX.

39. Gaius, II. § 194. Vindicare debet, id est, intendere *rem suam* ex jure Quiritium esse. Sane hoc ita est *ex jure civili*.

§ 197. Il fallait que la chose, si elle formait un *corps certain*, appartînt au testateur au temps du testament et du décès. — Si c'était une chose de quantité (ou chose fongible), il suffisait que le testateur en fût propriétaire *ex jure Quiritium* au jour du décès. (§ 196.

40 Lege nobis acquiritur velut caducum vel ereptorium, ex lege Pappia Poppæa. (*Ulp. Frag.*, XIX. § 17.)

l'acquisition par la Loi, moyen d'acquérir mentionné par Cicéron[41], antérieurement à l'existence de la loi Pappia Poppæa, avait aussi, dans les premiers siècles de Rome, un rapport direct à la Loi agraire, en vertu de laquelle des terres inaliénables et imprescriptibles, dépendant du domaine public, étaient aliénées au profit du Trésor ou même distribuées gratuitement aux citoyens, et incorporées à la propriété privée. Les preuves de ces aliénations et distributions sont certaines dans l'histoire de la République. Nous résumerons ici quelques faits, dont plusieurs ont été déjà mentionnés plus haut :

1° Des terres situées auprès du Capitole, et concédées d'abord au Collége des prêtres, *à titre de possession*, furent aliénées, en vertu de la loi, dans un pressant besoin de la cité[42]; 2° sous le consulat de Sp. Cassius [265], fut promulguée la première Loi agraire pour le partage de l'ager publicus possédé par les patriciens[43]; 3° après la conquête de Véies, réunie au territoire romain [358], une loi ordonna que chaque citoyen pauvre aurait une certaine portion de la terre conquise; 4° la Loi agraire fut reprise en 377 par le tribun C. Licinius Stolon, qui fit ordonner par un plébiscite, la LOI LICINIA, que nul ne pourrait posséder plus de cinq cents jugères de terrain, et que

41 *Veteri occupatione, Victoria*, LEGE. (*Cic.*, *Off.*, I. 7.)

42 Orosius, V. 18, add. 661.

Namque eodem anno..... loca publica quæ in circuitu Capitolii pontificibus, auguribus, decemviris et flaminibus in *possessionem* tradita erant, cogente inopia, vendita sunt. (Voir *Savigny*, *Posses.*, sect. 1. § 12.)

43 Sp. Cassius.... tunc primum lex agraria promulgata est. (*Tit. Liv.*, II. 41.)

dans le partage des domaines de la République, en faveur du peuple, chaque citoyen recevrait l'étendue de sept jugères [44]; 5° un plébiscite porté par le tribun C. Flaminius [521], et malgré l'opposition du Sénat, distribua aux soldats, par tête (*viritim*), les terres GALLO-ROMAINES situées entre Rimini et le Picenum [45]; 6° au VII[e] siècle, la loi SEMPRONIA AGRARIA, portée par T. Gracchus, ordonna le partage des terres publiques possédées par les patriciens et les chevaliers, au-delà des quantités fixées par la loi Licinia; et 7° enfin J. César, pendant son premier consulat, fit rendre une loi pour que les terres de la Campanie fussent distribuées au peuple [46] : Vingt mille plébéiens participèrent au partage.

44 Varro, de Re rustica, I. 2, mentionne les deux dispositions : seulement il pourrait y avoir doute si elles doivent être rapportées toutes les deux au même Licinius et à la même époque.

On peut voir aussi COLUMELLA, lib. I. cap. 3.

Le *jugèrum*, long de 240 pieds, large de 120, équivalait à 25 ares 28 centiares. Quatre jugères formaient 1 hectare, plus 1 are 14 centiares. (Voir les *Tables de conversion* de M. Dureau de la Malle, *Economie politique des Romains*, t. I. p. 434. 440.)

Le jugère valait à peu près l'arpent des Gaulois. — Selon Goësius, l'arpent romain (*arepennis*) valait un demi-jugère; il était égal à l'*actus duplicatus*, qui avait 120 pieds de long et 60 pieds de large. — Wil. Goësii Index in rei agrariæ scriptores, verbis *Actus, Arepennis jugerum*.) — Mais il y a divergence d'opinion à ce sujet.

Dans les Tables qui accompagnent le VARRON (édit. Panckoucke), v° *Jugerum*, on dit que le jugère valait un peu moins que le demi-arpent romain, ce qui paraît conforme à l'opinion de M. De la Malle.

45 Varro, de Re rust., I. 2. C'est d'après les *Origines* de M. Caton que Varron appelle ces terres *ager gallicus-romanus*. On voit par là que l'expression de *gallo-romain*, que nous emploierons si souvent au livre III[e], n'est pas nouvelle.

46 Cæsar, in consulatu *legem* tulit ut ager Campanus plebi divideretur, suasore legis Pompeio. (*Vell. Pat.* — *Varro, de Re rust.*, I. 2.)

La LOI était donc, soit directement, soit indirectement, un moyen d'acquérir, dont l'application était fréquente sous l'empire du droit des XII Tables.

G. Hugo ajoute qu'il faut comprendre sous cette expression, LEGE, tout ce que les auteurs appellent manière romaine d'acquérir, et dont Ulpien ne parle pas. Nous pensons également qu'il faut donner ce sens un peu large au mode d'acquérir par la Loi. Ainsi, dans Varron, se trouve énoncé un mode d'acquisition, que Cicéron pouvait avoir aussi en vue; il dit : *Aut si e præda sub Corona emit*[47]. En vertu de la loi politique et par ordre du chef d'armée, Consul, Dictateur, Proconsul, les ennemis pris sur le champ de bataille ou après l'assaut d'une ville et faisant partie du butin, étaient vendus à l'enchère, une couronne sur la tête, au profit du Trésor de la République[48]. C'était l'effet de la victoire, sanctionné par la Loi qui ordonnait la vente et le versement du prix dans l'*Ærarium* du peuple romain.

### § 4. — MODES D'ACQUÉRIR PER UNIVERSITATEM.

En étudiant la constitution de la famille romaine,

47 Varro, de Re rust., II. 10. L'acheteur était qualifié *dominus legitimus*.

48 Tite-Live, en parlant de la vente faite par le dictateur Camille, après la prise de Véies, dit : « Libera corpora dictator sub corona vendidit; ea sola pecunia in publicum redigitur. » (V. 22.) — César dit aussi, dans ses Commentaires, après la défaite des *Veneti* insurgés (les habitants du pays de Vannes) : « Omni senatu necato, reliquos sub corona vendidit. » (*Comm.* III.) On vendait aussi *sub hasta*.

Les peuples *dédilices* (ou rendus à discrétion) étaient à l'abri de la vente et de la servitude.

nous avons indiqué les moyens de transmission qui s'y rattachent, et qu'on appelle, en droit, modes d'acquérir à titre universel. Ils sont tous relatifs à la personne civile qui passe dans une autre famille, ou qui continue dans la Cité la personne du citoyen qui n'est plus. Quatre moyens de transmission se sont présentés successivement: l'ADROGATION, la MANUS, l'HÉRÉDITÉ TESTAMENTAIRE, l'HÉRÉDITÉ AB INTESTAT. — Nous voulons ici caractériser seulement le principe commun sur lequel est fondée cette transmission universelle.

1° Lorsque l'adrogé passe avec ses enfants sous la puissance de l'adrogeant, c'est sa personne, et sa famille immédiate qui entrent dans une famille nouvelle; les biens de l'adrogé ne suivent que comme conséquence. Les biens et les charges réelles sont un *accessoire* qui suit la condition du *principal;* et la loi sur l'adrogation a principalement en vue les personnes.

2° Lorsque la femme, par suite du mariage, et en vertu des modes légitimes de célébration, est placée *in manu mariti*, les biens de la femme suivent comme accessoire; ils sont acquis au mari *per universitatem*, comme ceux de l'adrogé sont acquis à l'adrogeant: l'établissement de la puissance absolue du mari a encore principalement en vue la personne. — Postérieurement, lorsque la *manus* étant tombée en désuétude, la femme donnait *tous ses biens* en dot à son mari, ce n'était plus une transmission de même nature, *per universitatem;* elle ne regardait que les biens; il n'y avait pas confusion de personne civile, et le mari n'était tenu des dettes que jusqu'à concurrence de l'émolument. — Cela marque très-nettement la

distinction de la succession aux biens et de la succession à la personne[49].

3° Quand le testateur institue un héritier et transmet sa personne civile à l'héritier institué, il n'y a pas de vide ou d'interruption dans l'ordre de la société civile; la personne de l'héritier continue celle qui existait dans le testateur; et si l'institué n'est pas du nombre des héritiers siens ou nécessaires, mais du nombre des héritiers externes, qui ont le droit de faire ou de ne pas faire adition d'hérédité, l'HÉRÉDITÉ JACENTE représente le défunt jusqu'à l'adition; ce que les esclaves héréditaires peuvent acquérir est acquis à l'hérédité; celle-ci est une personne morale qui continue la personne civile du défunt. — Dans la continuation de la personne du testateur par l'héritier institué, les biens, les dettes et les charges suivent la personne comme un accessoire. La PERSONNE est l'objet principal que le testateur avait en vue dans cette grande création de sa volonté.

4° Enfin, lorsque la loi civile a reconnu l'hérédité fondée sur les liens du sang, de l'agnation, de la gentilité, c'est encore la continuation de la personne civile que la toute-puissance de la loi s'est proposé d'admettre, afin qu'il n'y eût pas dans la famille et dans la société solution de continuité. L'héritier continue ou soutient la personne du défunt; or, la *continuation de la personne* étant l'objet principal, le patrimoine, avec les charges et toutes les dettes, repose comme un accessoire sur la personne elle-

49 D., XXIII. 23, de Jure dotium, 72 (Paul) : « Mulier bona sua omnia in dotem dedit, quero an maritus *quasi heres* oneribus respondere cogatur. Respondit a creditoribus conveniri qui non posse. »

même; et comme il ne peut pas y avoir deux personnes civiles et distinctes en une seule, il en résulte que les biens et les charges du testateur ou de l'auteur décédé ne font qu'UN avec les biens et charges de l'héritier institué ou légitime.

Cette UNITÉ de personne et cette UNITÉ de patrimoine constituent un principe essentiel, dont les conséquences logiques et nécessaires ne pourront être arrêtées que par des exceptions formelles, par des bénéfices résultant de lois purement positives : le bénéfice de *séparation* en faveur de l'esclave ou de l'enfant *in mancipio*, héritier nécessaire, qui n'avait retiré aucun fruit des biens de l'hérédité, et en avait séparé son pécule[50]; le bénéfice d'*abstention* en faveur de l'héritier sien et nécessaire[51]; la *séparation des patrimoines* en faveur des créanciers de l'hérédité; plus tard, le *bénéfice d'inventaire* en faveur des héritiers institués ou légitimes. Mais ces exceptions et bénéfices n'appartiennent pas au droit des XII Tables; ils se sont lentement produits dans la législation romaine, à des époques plus ou moins éloignées de la période où l'unité était la base du droit civil de Rome.

50 Gaius, II. § 160, l'appelle aussi bénéfice d'abstention, en l'appliquant aux enfants *in mancipio* qui, institués comme les esclaves par testament, se trouvaient héritiers nécessaires : *Quum necessarius, non etiam suus hæres sit, tanquam servus.*

51 Gaius, II. §§ 158. 160. Le préteur pouvait leur permettre de s'abstenir; en ne recueillant pas les avantages de l'hérédité, ils n'en supportaient pas les charges; mais ils avaient toujours la qualité d'héritier.

### § 5. — PROPRIÉTÉ DES ÉTRANGERS. — DISTINCTION CORRESPONDANTE ENTRE LES CHOSES ET LES PERSONNES.

La distinction des choses *mancipi aut nec mancipi*, que nous avons précédemment déterminée, ne se rapporte pas exactement à la distinction des personnes considérées en qualité de citoyens ou d'étrangers : on ne peut pas dire, d'une manière absolue, les *res mancipi* correspondent à la propriété des Romains ; les *res non mancipi* correspondent à la propriété des Etrangers. Il est certain que le citoyen romain avait également le domaine civil ou quiritaire sur les choses *mancipi* et sur les choses mobilières *non mancipi*. Mais quand il s'agissait des IMMEUBLES, la propriété Quiritaire était limitée aux fonds classés parmi les *res mancipi*, c'est-à-dire anciennement aux immeubles compris dans l'étroite limite de l'AGER ROMANUS, qui ne s'étendit progressivement qu'à cinq Milles de Rome. — Les fonds, situés au-delà, n'étaient plus susceptibles de la propriété romaine, mais de la propriété naturelle des étrangers. Ces terres étrangères étaient confondues dans la classe générale des *res non mancipi*, comme leurs possesseurs étaient confondus dans la classe générale des *peregrini*. Quand il s'agissait des immeubles, la distinction des *res mancipi* et *non mancipi* correspondait donc exactement à la distinction des *citoyens* et des *étrangers*. Les *res mancipi* s'identifiaient, sous ce rapport, avec la propriété romaine ; et les fonds de terre ne pouvaient devenir susceptibles du domaine *ex jure Quiritium*, que par une participation au droit de la Cité,

par une incorporation, au moins fictive, à l'*Ager romanus*, par une introduction réelle dans la classe des *Res mancipi*. Devenir *res mancipi* ou terre susceptible de *propriété romaine*, c'était un caractère identique pour les immeubles. Ainsi, quand l'Italie, après la guerre sociale, fut admise au partage du droit de Cité, le sol italique devint *res mancipi* ou partie du territoire romain, comme les habitants de l'Italie devenaient citoyens ou membres de la cité romaine.

Là se trouve l'application d'une grande loi sociale en matière de propriété foncière, la CONDITION CORRESPONDANTE DES PERSONNES et DES PROPRIÉTÉS. Nous la rencontrerons à toutes les époques de l'histoire du droit. Elle tient à l'origine, à la nature même du droit de propriété. — La propriété est le résultat d'un acte de la liberté, du pouvoir de l'homme, qui se porte en dehors de lui-même, qui imprime aux objets extérieurs sa volonté, son MOI. Dans ce sens, la propriété, c'est l'homme, c'est l'homme maître des choses : elle le réflechit tel qu'il est, et par conséquent dans ses situations diverses, dans ses états successifs.

Le rapport de l'homme à la terre qu'il habite est la première loi de son existence physique ; le rapport de l'homme à la terre comme objet de possession, est aussi dans la société un rapport nécessaire. Dans l'histoire de la société et de la propriété, l'un des termes révèle l'autre ; un état donné de la société appelle ou suppose dans la propriété un état correspondant. Ce rapport entre l'état de la société et de la propriété se manifeste de lui-même dans l'ordre politique, et fonde les grandes distinctions de l'aristocratie et de la démocratie par la concentration

ou la division des terres. Mais il se produit sous des formes plus nombreuses et avec des applications plus variées dans l'ordre civil : là, *une classe de personnes appelle presque toujours une classe correspondante de propriétés.* — Le moyen-âge est la plus ample démonstration de cette loi sociale.

Rome, dans la première période, ne reconnaît, dans l'intérieur de la Cité, que des citoyens, et elle ne reconnaît dans son territoire qu'un seul genre de propriété foncière, la propriété romaine. — Il y a UNITÉ dans la condition civile du propriétaire et de la propriété territoriale.

Nous rechercherons plus tard comment le droit de propriété sortira de l'étroite enceinte dans laquelle se trouve renfermé le domaine Quiritaire.

Nous avons vu le Romain propriétaire, à Rome et dans l'Ager romanus; il faut le voir débiteur ou créancier : ce qui nous conduit à l'obligation civile.

# SECTION IV.

## OBLIGATIONS.

---

SOMMAIRE.



---

### § 1er. — PRINCIPE DE L'OBLIGATION CIVILE.

Le grand principe de l'unité, qui s'est appliqué successivement à la cité, à la famille, à la propriété, s'appliquera-t-il aussi à l'obligation?

Sous la Loi des XII Tables, avant l'institution du Préteur, on ne connaissait en droit qu'une seule nature d'o-

bligation, l'OBLIGATION CIVILE, laquelle naissait d'un contrat ou d'un délit[1].

Par l'obligation, le citoyen engageait sa foi envers un autre citoyen; il s'obligeait à donner, à faire, à ne pas faire; il diminuait sa liberté antérieure par rapport à celui qui devenait son créancier. En engageant sa *foi*, en restreignant sa *liberté* première à l'égard d'un citoyen, c'était sa *personne même* qu'il engageait. Il cessait de s'appartenir complètement à lui-même; il n'était plus sien, *nec suus*, racine des mots NEXUS, NEXUM, selon l'étymologie, du moins, donnée par Varron[2]. Le débiteur lié envers le créancier est appelé *nexus*, et son obligation, qui est un lien personnel, est appelée *nexum*[3]. Le *jus nexi* contient donc le droit du créancier et l'obligation corrélative du débiteur, ce qui constitue le lien de droit dans sa force morale et obligatoire, le *jus in personam*.

De cette notion fondamentale de l'obligation civile, la logique des premiers temps tire directement d'inexorables conclusions : c'est que la personne tout entière du débiteur est affectée à la sûreté de son engagement; que si le débiteur ne remplit pas son obligation, s'il n'est pas dégagé de son lien (*solutus*), il est le gage naturel de son créancier; que, faute de paiement, le débiteur appartient au créancier, et que non seulement il lui appartient comme individu, mais dans sa personne civile, c'est-à-dire dans sa qualité de père de famille et avec les

1 *Omnis* obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto. ( *Gaius*, III. § 8.)

2 De Ling. lat., VI. 5. G. Hugo critique, sans donner aucun motif, l'étymologie de Varron, qui fut qualifié le plus docte des Romains.

3 Quelquefois aussi *nexus*.

enfants qui sont sa chose. C'est par cette logique du droit primitif que la servitude s'appesantit sur la classe des débiteurs, des *nexi*, des *addicti*[4]. Bien que citoyens et ingénus, ils sont, après jugement, livrés au créancier, qui peut d'abord les retenir chez lui pendant soixante jours, dans une prison particulière, les lier d'une chaine en fer, du poids de quinze livres, les conduire sur la place publique pendant trois jours de marché, en proclamant la dette et le jugement, puis les vendre au-delà du Tibre[5]; et même, d'après le témoignage d'Aulu-Gelle, de Quintillien, de Tertullien, le débiteur, qui avait plusieurs créanciers, pouvait être mis à mort, et les créanciers avaient la faculté de se partager le corps du débiteur qui leur était livré, ADDICTI SIBI HOMINIS. Mais ce droit, qui ne peut être révoqué en doute, n'était que comminatoire contre les débiteurs[6]. L'histoire ne dit pas que la menace ait jamais été réalisée; et cependant Tite-Live enregistre

4 Les *addicti* sont les *nexi* livrés, après jugement, à leurs créanciers. Au temps de la réforme des lois grecques, faite par Solon, les pauvres, accablés de dettes, donnaient aux riches le sixième du produit de la terre qu'il labouraient, ou empruntaient en donnant leur *personne pour sûreté du prêt*.

Il en était de même en Egypte. (PASTORET, *Hist. de la Législ.*, t. II. p. 240.) — S'ils ne payaient pas, ils étaient *adjugés* au créancier, qui les retenait comme *esclaves*, ou les envoyait vendre en pays étranger. Plusieurs trafiquaient de leurs enfants. (*Plutarque*, *Vie de Solon*, § XXIII. *Pastoret*, *Hist. de la Législ.*, t. VI. p. 171.) — Solon défendit de donner son corps pour gage. (*Plutarque*, *Solon*, § XX.)

5 Tab. III. 4. 5. 6. — D. de Verb. Sig. CCXXXIV. § 2 (Gaius.) — Aulu-Gell., XX. 1 : Trans Tiberim venum ibant.

6 CAPITE PÆNAS DABAT..... SECARE SI VELLENT, ATQUE PARTIRI CORPUS ADDICTI SIBI HOMINIS. (*Aulu-Gell.*, XX. 1.

Sur cette question, plus curieuse qu'utile, on peut consulter, en ou-

avec une sorte de complaisance les plaintes des débiteurs et les rigueurs des créanciers. Au surplus, et en écartant même le droit de vie et de mort, jamais le principe que l'obligation est un lien personnel n'a été plus énergiquement traduit par les faits et par les lois.

La conséquence matérielle est tombée dans la suite; mais le principe de l'obligation, comme lien de droit et personnel, VINCULUM JURIS, est resté le fondement des obligations dans le droit civil de Rome et des nations[7].

De ce principe, que l'obligation était essentiellement un lien civil de la personne, dérivaient des effets juridiques que l'on ne saurait comprendre aujourd'hui, qu'en

tre, Quintill., Instit. Orat., III. 6. — Tertull., Apologet., c. 4, pour les textes. — Quant aux opinions des auteurs contemporains : G. Hugo, Hist. D. R. I. § 149; — Niebuhr, t. II. p. 379. n° 490; — M. Michelet, Hist. Rom., t. I;—M. Blondeau (Instit.) Appendice, I. p. 431; — M. Giraud, Hist. du D. R. — L. XII Tab. Append., p. 472, se rendent tous à l'autorité des textes. — Des auteurs aussi très-recommandables dans la science du droit s'y refusent cependant; mais il nous semble qu'en regardant la disposition ou la peine comme *comminatoire*, on peut tout concilier.

7 Un publiciste célèbre de notre époque, M. le duc de Broglie, a représenté la *Contrainte par corps* comme une des dernières formes de la torture : « La Contrainte par corps, a-t-il dit, n'est à bien prendre » que la QUESTION, conservée en *matière civile*, après qu'elle a disparu en matière criminelle. La souffrance qui résulte de la première » est moins poignante, moins amère, moins déchirante, que celle qui » caractérisait autrefois la Question; mais, en revanche, elle est plus » longue, et ce qui se perd en intensité se regagne en durée. » (REVUE FRANÇAISE, 1828, et à la Ch. des Pairs.)

N'est-il pas plus exact, en droit, de reconnaître que la Contrainte par corps est la conséquence *personnelle* et rigoureuse du principe même de l'obligation civile?

les rapprochant du principe lui-même appliqué avec une logique rigoureuse :

Ainsi, 1° aucune obligation ne pouvait être valablement contractée par l'esclave et par le fils de famille en leur propre nom; car l'esclave n'a pas de personne civile de laquelle puisse partir l'obligation[8], et le fils de famille n'est censé faire avec le père qu'une seule personne civile : l'un et l'autre ne pouvaient donc contracter, comme ils ne pouvaient acquérir, que pour le maître et le chef de famille;

Ainsi, 2° l'obligation, toute personnelle en principe, s'éteignait par l'adrogation dans la personne de l'adrogé, qui cessait d'être civilement capable, et ne pouvait passer sur la tête de l'adrogeant, qui ne l'avait pas contractée personnellement; principe tellement impérieux qu'il limitait dans ses effets le mode d'acquérir, *per universitatem*, résultant de l'adrogation;

Ainsi, 3° les obligations ne pouvaient être l'objet de la CESSIO IN JURE, comme les autres droits incorporels, tels que l'usufruit, les servitudes, le droit d'hérédité; car la CESSIO IN JURE supposait une vindication fictive de la propriété. Il aurait fallu que le tiers revendiquant pût dire fictivement devant le Magistrat qu'il avait un droit sur le débiteur; mais comment la fiction juridique, qui doit être l'image de la vérité, aurait-elle été possible, puisque la personne du débiteur s'était engagée envers tel citoyen et non envers tel autre? — Il fallait donc nécessairement qu'il intervînt, par l'ordre du créancier et

8 In personam servilem nulla cadit obligatio (*D. de Reg. Jur.*, L. 22. *Ulp.*)

avec le consentement du débiteur, une *obligation nouvelle* entre le débiteur et le nouveau créancier[9] ;

Ainsi, 4° on ne pouvait contracter une obligation pour les derniers temps de sa vie, *in novissimum vitæ tempus*, ou stipuler une chose pour son héritier; car l'obligation devait reposer sur la personne même du débiteur ou celle du créancier; elle ne pouvait pas partir de la personne de l'héritier, *ex heredis persona incipere*[10] : de là vinrent, dans le droit antique, les ADSTIPULATORES et les ADPROMISSORES, qui étaient adjoints aux contractants principaux, afin que les effets de l'obligation pussent passer aux héritiers par l'action de mandat[11].

Ainsi, 5° du même principe, il résultait encore que la personne du citoyen ne pouvait être représentée par une autre, dans les actes de la vie civile. Le citoyen devait agir par lui-même, pour son propre compte, dans les so-

9 Nam quod mutui ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad aliam transferuntur id efficere possum, sed opus est ut *jubente me tu ab eo stipuleris*, quæ res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quæ dicitur novatio obligationis (*Gaius*, II. § 38) : D'après l'édition très-correcte de Gaius, faite sur les notes de Goeschen, par Lachmann. Berlin, 1842.

10 Nam inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem. (*Gaius*, III. § 10.)

11 Gaius, III. § 117. — Voir la dissertation de M. Ortolan sur les adstipulores, REVUE BRETONNE *de Droit et de Jurisprudence*, t. II. p. 459.

Les jurisconsultes postérieurs à Gaius reconnurent le droit direct de ceux qui succédaient aux stipulants, quand la clause générale *eive adque eas res pertinebit* était ajoutée : « Cum generaliter adjicimus eive adque eas res pertinebit, et adrogati et eorum qui jure nobis succedunt personas compreheudimus. (*D.* XLIV. 7. 53. § 1. *Modestinus.*)

lennités du droit civil, les contrats, les obligations, les actions de la loi. Il ne pouvait être question, dans le droit primitif, de mandataire, de procureur comme représentant la personne, comme acquérant obligation, propriété ou possession pour un commettant : le tuteur lui-même (sauf le cas où le pupille était tout-à-fait en bas âge, *infans*), le tuteur ne représentait pas la personne du pupille; il complétait sa capacité par son assistance, *auctor erat*. Le principe absolu était celui rappelé par Ulpien : NEMO ALIENO NOMINE LEGE AGERE POTEST[12]. —Dans la pratique de la vie, l'inconvénient disparaissait ou s'amoindrissait par le droit du maître et du chef de famille d'acquérir et de contracter par ceux qu'il avait sous sa puissance[13].

### § 2. — FORMES DE L'OBLIGATION CONTRACTUELLE.

Il y avait unité dans le principe tout personnel de l'obligation, quel qu'en fut l'objet, de donner ou de faire.

Quant à la manière de contracter l'obligation, le Droit des XII Tables connaissait bien une FORME GÉNÉRALE, mais sans unité exclusive et absolue.

12 D., L. 17. 123, de Reg. jur.

Le principe a été modifié par une constitution de Sévère et d'Antonin, quant à la possession. (*Inst. Just.*, II. 9. 5. *C. Just.*, *de Acq. poss.*, I.)

13 « Acquiritur vobis non solum per vosmet ipsos, sed etiam per eos quos in potestate habetis. » (*Inst. Just.*, II. 9. *Præm.*)

« Et hoc est quod dicitur per extraneam personam nihil acquiri posse ... » (*Gaius*, II. § 95.)

I. — La forme primitive et générale de l'obligation civile était celle même de la MANCIPATION. Les autorités à ce sujet ne laissent aucun doute. Varron et Festus, qui citent textuellement les plus anciens jurisconsultes (Manilius, Scœvola, Gallus Œlius) s'accordent à représenter le NEXUM comme accompli PER ÆS ET LIBRAM[14]. Nous en retrouvons aussi la trace dans Gaius : SI QUID EO NOMINE DEBEATUR QUOD PER ÆS ET LIBRAM GESTUM SIT[15].

Ainsi, la balance et l'airain, le citoyen libripens, les cinq témoins citoyens romains, les paroles solennelles, tels étaient les éléments dont la réunion constituait la forme de l'obligation civile, sous le droit des XII Tables.

De cette identité de forme, il ne faut pas conclure à l'identité absolue du JUS NEXI et du JUS MANCIPII[16]. Les écrits des anciens jurisconsultes peuvent faire supposer que nexus ou nexum était pris quelque fois dans le sens général et applicable à l'aliénation des choses mancipi. — Gaius en laisse apercevoir la trace dans un passage mutilé des Institutes, où nexum est relatif à la transmission du sol[17]. Mais des monuments certains, à par-

14 Varro, VI. 5. NEXUM Manilius scribit omne quod PER ÆS ET LIBRAM geritur.,..

Festus, v° *Nectere*. Nexum est ut ait GALLUS ŒLIUS, quodcumque per æs et libram geritur. Idque necti dicitur. Quo in genere sunt hæc: Testamenti factio, nexi dando, nexi liberanto. (*Ed. Muller,* p. 165, n° 20.)

15 Gaius, III, § 173. — Gravina, de Ortu et Prog., cap. 80, disait d'une manière générale, MANCIPATIO FONS est OMNIUM CIVILIUM OBLIGATIONUM.

16 Gravina a fait cette confusion. (*De Orig.*, cap. LXXX; — cap. XLIV.)

17 Esse provincialis soli nexum non.....( *V. passage restitué dans l'édition de Lachmann*, p. 104. 105.)

tir des fragments de la Loi des XII Tables, jusqu'aux textes des Pandectes et du Code, prouvent qu'il y avait une distinction à faire entre le JUS NEXI et le JUS MANCIPI.

La Loi des XII Tables disait : « QUUM NECSOM FAXIT, MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO[18]. » S'il y avait eu identité dans le fond des choses, la loi n'aurait pas dit NEXUM, MANCIPIUMQUE ; elle aurait employé l'une ou l'autre expression, et non les deux à la fois. Le grand pontife M. Scævola, au rapport de Varron, enseignait que *nexum* indiquait l'obligation, et non ce qui est donné à titre de mancipation[19]. Cicéron confond souvent le *nexum* et le *mancipium ;* mais il les a distingués avec précision dans une occasion solennelle où il s'agissait de déterminer à quel titre on pouvait posséder des maisons à Rome. « On les possé- » dait, dit-il, en général, par droit héréditaire, par droit » d'usucapion, par droit de *mancipation, jure mancipi,* par » droit d'*obligation, jure nexi*[20]. » — Il s'agissait, dans ce dernier cas, de maisons affectées, comme gage, à la sûreté d'une obligation, et attribuées au créancier à

18 Tab. VI. 1. Festus, v° *nuncupata pecunia*, ajoute : *Ita uti nominaret locutusve erit, ita jus esto* (*p.* 173.)

19 Nexum scribit M. Scævola quæ per æs et libram fiant *ut obligentur*, præter quam quæ *mancipio dentur.* (*Varro.*, de Ling. lat., VI. 5.)

Festus applique aussi le *nexum* à la somme prêtée solennellement *nuncupata pecunia.* Certes, l'argent n'est pas *res mancipi ;* mais il peut être l'objet du *nexum.*

20 Cic., orat. de arusp. responsis, cap. VII : « Multæ sunt domus in hac urbe, atque haud scio an pœne cunctæ jure optimo ; sed tamen jure privato, jure hereditario, jure auctoritatis, jure mancipi, jure nexi. (*Edit. V. Leclerc*, t. II. p. 362.)

défaut de paiement. En constituant le gage dans l'ancien droit civil, on convenait que si le créancier n'était pas payé à l'époque fixée, il deviendrait propriétaire de la chose engagée[21]. Le *jus nexi* appliqué aux maisons était une extension du *jus nexi* appliqué aux personnes ; et c'est dans le sens d'obligation et de gage que le terme de nexum et de jus nexi s'est conservé dans la langue du droit romain[22].

II. — La forme la plus générale de l'obligation civile était la forme *per æs et libram;* mais elle n'était pas la seule. Les Offices de Cicéron nous apprennent que, d'après la Loi des XII Tables, nul lien n'était plus étroit que le lien du serment : NULLUM VINCULUM AD ASTRINGENDAM FIDEM JURÈJURANDO MAJORES ARCTIUS ESSE VOLUERUNT ; ID INDICANT LEGES IN XII TABULIS ; et Cicéron rappelle « que les notes et les condamnations des Censeurs prou- » vaient que rien, plus que le serment, n'attirait leur sé- » vère diligence[23]. » — « Le serment, dit-il encore, est » une *affirmation religieuse :* ce que vous avez promis af- » firmativement, et comme prenant Dieu même à témoin,

21 Cic., ad Famil., lib. XIII. Ep. 56. Fragm. Vatic., I. § 9.
C'était ce qu'on appelait *lex commissoria*, autorisée par le droit des Pandectes. (*D.* XX. 1. 16. § 9. — XX. 5. 12.) — Constantin prohiba cette clause commissoire. (*Cod. Theod.*, III. 2. *Cod. Just.*, VIII. 35. 3.)

22 Ab *nexu* absolutio; *nexu* venditi liberatio. (*D.* XLVI. 4. 1. — XII. 6. 26.) — Prædium *pignori nexum* (*D.* II. 14. 52.). — Nexus pignoris. (*D.* X. 2. 23.) — Vid. BRISSON, de Verb. Sig., v° *nexum*.

23 Off. III. ch. 22. Indicant notiones animadversionesque Censorum, qui nulla de re diligentius quam de JUREJURANDO JUDICABANT.

» doit être tenu, et appartient à la Justice et à la Foi[24]. » — Les Censeurs, et probablement aussi les Pontifes, étaient les magistrats devant lesquels se contractaient les obligations par serment volontaire. L'obligation par serment volontaire et promissoire, en dehors de tout litige, résultait d'un contrat verbal ou parfait par la parole. Ulpien mentionnait avec ce caractère l'obligation par serment, contractée encore de son temps par l'affranchi envers le patron, en vue de la liberté[25].

Une observation est essentielle à l'égard de l'obligation par serment : c'est qu'à l'époque même où l'étranger était qualifié HOSTIS par la Loi des XII Tables, le serment pouvait devenir un lien de droit entre les Romains et les Étrangers, spécialement les Latins. La forme solennelle

24 Ad justitiam et ad fidem pertinet. (*Off.* III. ch. 29. t. 27. p. 618. Les fragments de la Loi des XII Tables, édition de Dirksen, se taisent sur le serment. — Godefroy, dans la Xe Table, ne rapportait point le passage de Cicéron; il donnait seulement un titre *de jurejurando.* — Pothier l'a suivi. — Hotman avait été plus hardi : il avait supposé que la Loi des XII Tables sanctionnait l'obligation par serment dans les termes même rapportés par Cicéron. Evidemment, il allait trop loin.

Gravina ajoute que la peine *divine* du parjure est la mort, la peine *humaine* le déshonneur.

Le passage de Cicéron est important, surtout quand on le rapproche des Lois du Digeste (*lib.* XLVI. 4. 13. *et lib.* XXXVIII. 1. 7. *et* 8.), où l'on voit l'*obligation* par serment appliquée aux engagements de l'affranchi envers le patron : « Ut *jurisjurandi obligatio contrahatur* » libertum esse oportet, qui juret et libertatis causa. »

25 Per jusjurandum interpositam obligationem libertatis causa. (*D.*, XLVI. 4. 13.)

La glose de Godefroy dit très-bien : Jurejurando *verbis* obligatio contrahitur.

de la mancipation ne pouvait avoir lieu qu'entre citoyens; mais le serment, par sa nature, s'offrait comme un lien obligatoire entre les membres de diverses cités, parce que Rome et les différentes cités du Latium reconnaissaient une souveraineté commune, celle d'un Dieu suprême. Dans les Féries latines, depuis l'an 222, c'est le JUPITER-LATIALIS qu'on invoquait sur le Mont Albain; et les anciens Romains, ainsi que le rappelait Caton, avaient placé dans le Capitole, à côté du JUPITER OPTIMUS MAXIMUS, la statue de la FOI[26].

III. — Dans la forme obligatoire de la mancipation et du serment, une chose était commune, la solennité des paroles : UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO. C'était une règle fondamentale dans la Loi des XII Tables. Cette solennité de la parole, dans l'obligation civile, a tout naturellement donné naissance à un contrat qui, dégagé de l'appareil extérieur de la mancipation ou du serment, a produit le lien de droit, par la parole même des contractants, par la solennité de l'interrogation et de la réponse : c'est la STIPULATION, contrat solennel et de droit strict[27].

26 Cicéron rappelle le discours où Caton marquait ce souvenir d'antiquité romaine : Qui jusjurandum violat is fidem violat.... quam in Capitolio vicinam Jovis Optimi Maximi, ut in Catonis oratione est, Majores nostri esse voluerunt. (*Off.* III. 29. T. XXVII. p. 618.)

27 Cette origine est bien marquée dans le savant traité de J. D'Avezan, *de Contractibus*, lib. I. p. 58. — D'Avezan, professeur en droit à l'Universite d'Orléans, au XVII[e] siècle, a été, par son livre des *Contrats*, le digne précurseur de Pothier, dans son traité des *Obligations*.

Les origines étymologiques sont nombreuses sur la *stipulation*.

La Stipulation, forme abrégée et dérivée de la Mancipation, est profondément marquée d'abord du caractère romain. Elle a lieu entre citoyens, et les mots sacramentels, — DARI SPONDES? — SPONDEO, ne peuvent être employés qu'entre citoyens présents, et dans la langue même de la Cité[28]. Mais avec la stipulation, les Romains possèdent une forme de contracter grave et précise qui pourra, comme la mancipation et plus facilement, s'appliquer à toute espèce de convention de donner, de faire, de ne pas faire, ou s'ajouter à tout autre contrat, afin d'en fortifier les effets par l'action *ex stipulatu*[29].

Et la stipulation ne donne pas seulement la force aux obligations PRINCIPALES; elle s'applique aussi aux obligations ACCESSOIRES, à la fidéjussion : sous cette forme, le cautionnement ou la fidéjussion peut se joindre à toute espèce d'obligation; et s'il y a plusieurs fidéjusseurs, chacun, d'après la Loi des XII Tables, est obligé pour le tout; chaque fidéjusseur tient lieu du débiteur principal,

M. Ortolan a fait une dissertation très-intéressante à ce sujet. (*Revue bretonne de droit*, t. II. p. 46.)

L'étymologie donnée par le jurisconsulte Paul, Sent. v. 7. § 1, et reproduite par les Institutes de Justinien, *stipulum* et *stips*, pour indiquer que la stipulation donne *force* à la convention, nous paraît la plus naturelle et la plus juridique.

28 Gaius, III. § 93 : Sed hæc quidem verborum obligatio *dari spondes? — Spondeo*, propria civium romanorum est.

29 Deux actions sont attachées, en droit romain, à la stipulation : condictio *certi*, pour obligation de corps certain, et *actio ex stipulatu*, pour quantité incertaine, pour chose désignée en espèce (in genere) ou pour obligation de faire. Toutefois, la dénomination d'action *ex stipulatu* est aussi employée généralement. (*D.* XXXV. 2. 32. § 2. Cod. III. 18. 1.)

sans aucun bénéfice de division, de discussion ou de cession d'actions[30].

GÉNÉRALISATION DE LA FORME DES CONTRATS, quel qu'en soit l'objet : tel est le grand et vrai caractère de la stipulation, dans le droit primitif.

Ce caractère a pris, par la suite, une nouvelle extension : au temps de Cicéron, et par l'influence du Préteur Aquilius, la STIPULATION AQUILIENNE s'introduisit comme moyen de faire novation à tous les engagements, et de transformer en stipulation tout contrat antérieur[31]. Bien plus encore : la stipulation, par interrogation et réponse, devint le lien général des engagements entre les citoyens et les étrangers, et par conséquent la forme de contracter commune à tous les hommes, à mesure que les relations s'étendaient entre les romains et les autres

30 Le bénéfice de division, d'après lequel le fidéjusseur pouvait repousser le créancier par exception, en le forçant à agir d'abord contre le débiteur principal, fut introduit par Adrien. (*Inst. Just.*, III. 21, § 4, *et D.*, XVII. 27. 7. *Papin.*)

Ce moyen fut abandonné ensuite, d'après l'opinion de Papinien, parce qu'il entraînait des lenteurs, et fut rétabli seulement par Justinien, sous le titre de bénéfice de discussion, par la Novelle IV, cap. I.

Les fidéjusseurs solidaires eurent aussi, par rescrit d'Adrien, le bénéfice de *division*, pour que l'obligation fût divisée entre les fidéjusseurs solvables. Ce bénéfice resta dans le droit, et fut confirmé par Sévère et Antonin. (*C. de Fidéj. et Mand.*, III. 43.)

Le bénéfice *cedendarum actionum* était fondé sur l'équité, et avait pour objet d'obtenir du créancier la cession de ses actions, soit contre le débiteur, soit contre les autres fidéjusseurs. (*D.*, XLVI. 1. 13. 17. 39.)

31 Quodquod mihi debes, ex quacumque causa, idem mihi promittis...... La formule, très-développée, est dans les Institutes de Justinien, III. 39. 2.

peuples. Seulement la formule sacramentelle, SPONDES? SPONDEO, resta pour la stipulation entre citoyens ; les Étrangers stipulant entr'eux ou avec les Romains, employaient l'interrogation et la réponse PROMITTIS? - PROMITTO, libres d'ailleurs de les exprimer, soit en latin, soit en langue étrangère. — La stipulation avait un mode d'extinction tout-à-fait analogue, l'acceptilation, qui passa aussi du droit civil dans le droit des gens, et put s'appliquer même à l'obligation par serment[32].

Ainsi le Contrat verbal n'est pas seulement une forme générale d'obligation ou de libération entre citoyens : né du droit civil de Rome, il devient une forme générale de contracter, et de se libérer, du droit des gens[33] : admirable formule, qui dans sa simplicité peut comprendre toutes les relations des citoyens entr'eux, des citoyens avec les étrangers, des nations entr'elles, et de Rome avec le Monde qui la reconnaît pour Capitale[34] !

IV. — Sous l'empire de la Loi des XII Tables est né aussi le CONTRAT LITTÉRAL, spécialement relatif au prêt d'argent.

Le prêt d'argent avec intérêt se distinguait, dans le

32 Gaius, III. § 170. D., XLVI. 4. 8. § 4. *Idem*, 4. 13 : Per jusjurandum obligationem interpositam *per acceptilationem* tolli verius est.

33 Cæteræ verborum obligationes juris gentium sunt. ( *Gaius*, III. § 93. )

34 Gaius, III. § 94 : Velut si imperator noster principem alicujus peregrini populi de pace ita interroges?— PACEM FUTURAM SPONDES? Vel ipse eodem modo interrogetur.

Dans notre acte le plus solennel DE DROIT FRANÇAIS, l'acte civil du mariage, nous avons conservé la forme de la *stipulation*; seulement, l'interrogation est faite par l'intermédiaire de l'officier public.

droit, du prêt gratuit, même par sa dénomination[35] : le prêt gratuit s'appelait MUTUUM ; le prêt à intérêt, FOENUS. Cette distinction était entrée dans le langage vulgaire, ainsi que le prouve une locution de Plaute : « Si je ne puis emprunter gratuitement, *mutuo*, j'emprunterai avec intérêt, *fœnore*[36]. » Ce prêt à intérêt, si important dans les relations des premiers Romains, ne devait pas s'accomplir par la seule tradition, à cause des conventions accessoires sur les intérêts ; et nous trouvons dans Tite-Live, dans Gaius, deux documents qui rattachent le prêt avec intérêt à la forme générale de s'obliger par la mancipation. Dans Tite-Live on voit M. Manlius, le sauveur du Capitole, qui paie pour un débiteur conduit en servitude par son créancier, et qui le libère, devant le peuple, par la forme de la mancipation, LIBRAQUE ET ÆRE LIBERATUM EMITTIT[37]. Ce fait se passe soixante ans après la Loi des XII Tables, en l'année 369. — Dans Gaius, on remarque encore l'antique formule de la libération du prêt d'argent PER ÆS ET LIBRAM ; et la libération se faisait sous cette forme, parce que l'obligation

35 Nonnius Marcellus, grammairien du IIIe siècle de l'ère chrétienne, qui nous a conservé des fragments d'auteurs bien plus anciens, a nettement marqué la différence : *Mutuum a fœnore hoc distat quod* MUTUUM SINE USURIS, FŒNUS CUM USURIS *sumitur*. (*Tract. de Proprietate sermonum*, *edit.* 1614 ; *et Brissonn.*, vo *Fœnus*.)

36 *Nam si mutuo non potero, certum est sumam fœnore.*
(*Plaut.*, *Asin.*, act. I. sc. 3. v. ult.)

37 Tit. Liv., VI. 14 : Centurionem judicatum pecuniæ quum duci medio foro videretur, manum injecit...... vociferatusque de superbia patrum ac crudelitate fœneratorum et miseriis plebis..... inde rem creditori palam populo solvit *libraque et ære* liberatum emittit.

était née de la même manière, en la personne du débiteur [38].

Mais le prêt d'argent, et spécialement le prêt à intérêt, avait donné lieu très-anciennement à une forme particulière de s'obliger, au contrat littéral ou parfait par l'écriture (*litteris*). Les anciens Romains avaient des registres domestiques sur lesquels ils inscrivaient l'argent qu'ils payaient et celui qu'ils recevaient, EXPENSI et ACCEPTI CODICES, RATIONES. Les Censeurs (institués en l'an 310) étaient chargés de recevoir, tous les cinq ans, le serment des citoyens sur la fidélité de leurs registres, *de fide tabularum* [39]. Quand un citoyen prêtait une somme à un autre, il la portait à la colonne de sortie ou de dépense : c'était EXPENSUM FERRE, EXPENSI-LATIO ; quand elle lui était rendue, il la portait à la colonne de rentrée ou de recette : c'était ACCEPTUM REFERRE [40]. — L'emprunteur portait en même temps sur son livre la somme reçue comme emprunt, et quand il s'acquittait, il la por-

38 Gaius, III. § 174 : « Quod ego tibi tot millibus eo nomine de quo agitur, *nexus sum, id tibi hoc asse solvo, liberoque hoc ære æneaque libra.* »

La règle rappelée par Ulpien, « nihil tam naturale est quam quidquid *dissolvere* eo genere quo *colligatum est*, » se trouve, en droit romain, une règle de tous les temps. — Gaius, dans la formule ci-dessus, dit le débiteur *nexus nomine*, lié par la créance ; or, le *nexum* se faisait *per æs et libram.*

39 Denys d'Halic., lib. IV.

Fr. Hottm., Inst. comm., III. 9 : De earum tabularum fide censores quinto quoque anno jusjurandum a civibus exigebant.

40 Cic., in Verr., IV. — Pro Q. Roscio : Per tabulas hominis honesti pecuniam expensam ferre.... in codicem referre.

Varro, V. 183, de Ling. lat., *in tabulis expensum ferre.*

D., XX. 4. 12. § 5 : Ut pecuniam expensam ferat. (*Pap.*)

tait comme payée. Les registres faisaient foi. — Le mot *expensum*, *expensi-latio* remontait, par son étymologie, au temps où les Romains ne connaissaient pas l'argent monnayé et pesaient l'airain. Pline ne laisse aucun doute à ce sujet, et constate ainsi la haute antiquité de l'*expensi-latio*, puisque l'usage de la monnaie d'argent ne commença qu'en l'année 485[41]. L'EXPENSI-LATIO était donc un contrat littéral et solennel qui, sous la foi du serment relatif aux registres domestiques, faisait preuve du prêt d'argent et du taux accessoire de l'intérêt. — Aulu-Gelle met l'expensi-latio au premier rang, dans l'énumération des moyens propres à établir le prêt d'argent[42].

Gaius nous a donné, sur l'application du contrat littéral, une lumière toute nouvelle. L'obligation littérale était un moyen général de faire *novation* à la cause d'une créance ou à la personne du créancier.

1° Je portais sur mon livre domestique, comme comptée et prêtée en argent, une somme qui m'était due antérieurement à titre de vente, de louage, ou tout autre; mon débiteur faisait sur son registre la même mention : la somme, dès lors, était réputée m'être due à titre de prêt; la novation s'opérait par la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne; il y avait *transcriptio a re in personam*;

41 Plin., Hist. nat., lib. XXXIII. cap. 3.

Populus romanus ne argento quidem signato ante regem Pyrrhum devictum usus est. Libralis unde etiam nunc libella dicitur, et dupondius *appendebatur* assis : quare æris gravis pœna dicta, et adhuc EXPENSA IN RATIONIBUS DICUNTUR; item impendia et dependere.

42 Clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis, *expensilatione*, mensæ rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione. (*Aulu-Gell.*, XIV. 2.)

2° J'avais Titius pour débiteur et je voulais vous transmettre ma créance sur lui : je portais sûr mon livre, comme payée par vos mains, la somme que me devait Titius; — Titius, de son côté, vous mettait à ma place sur son livre domestique. Il y avait délégation de mon droit en votre faveur, changement de créancier ou choix d'un autre créancier, *transcriptio a persona in personam*[43].

Au surplus, dans le contrat littéral résultant des inscriptions de créance, l'un oblige par l'indication de sortie sur son livre, l'autre est obligé par l'indication de recette. Ce contrat peut se former même entre citoyens absents, à la différence de l'obligation verbale, qui ne peut être contractée qu'entre personnes présentes[44].

Le contrat littéral ne dérivait pas seulement de l'institution des registres domestiques. — A Rome, et dès le temps de Tarquin-l'Ancien, on connaissait les Banquiers,

43. Gaius, III. §§ 128. 129. 130.— Ces deux cas répondent à l'article 1271 de notre Code, 1°, 3°. — Pour le second cas, Gaius dit : « Si id quod mihi Titius debet tibi id *expensum* tulero, id est, si Titius *te delegaverit mihi*.

*Délégation* ici ne veut pas dire *délégation d'un droit*, mais *choix* de la personne du débiteur. C'est dans le même sens que l'art. 1275 a employé le mot *délégation*. — Le sens le plus naturel est celui qui a prévalu dans le droit public, où la cité *délègue un droit*, *un pouvoir*. Dans ce sens, le mot serait bien plus clair aussi pour la langue du droit civil.

44 Gaius, III. § 137 : In nominibus alius expensum ferendo obliget, alius.... obligetur. — Sed absenti expensum ferre potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit. — Id. § 138. — Nos obligations commerciales par *Compte-courant* ont quelque chose du *contrat littéral*.

*Mensarii*, *Argentarii*, qui avaient leurs comptoirs, *Mensæ*, autour du Forum[45]. Ils étaient les intermédiaires par lesquels souvent les Romains prêtaient à usure et recevaient les intérêts. L'emprunteur signait ordinairement sur le registre la somme prêtée; c'était la *Mensæ scriptura vel ratio*, le Livre du Banquier. Cicéron témoigne que, de son temps, l'argent était prêté plus fréquemment au Forum et sur les écritures des Banquiers, que dans la maison des citoyens[46]. Les registres des banquiers faisaient preuve en justice.

L'obligation littérale résultant des livres domestiques ou du livre des banquiers, s'appliquait le plus généralement au prêt avec intérêt. Cela nous conduit à examiner l'état de l'ancienne législation sur le FOENUS UNCIARIUM, ou le taux de l'intérêt dans le prêt d'argent.

La loi des XII Tables, selon le témoignage bien certain de Caton et de Tacite, avait des dispositions sur le prêt à intérêt. Elle punissait de la condamnation au QUADRUPLE l'usurier, le FOENERATOR qui dépassait le taux permis[47]. L'intérêt, d'abord illimité et livré à l'arbitraire des

45 Sigonius, de Antiq. J. Civ. rom., II. 11.
« Tabernas argentarias in foro construxit Tarquinius priscus rex, teste Dyonisio, ex quo intelligere possumus, jam tum negotiationem argentariorum nummariam Romæ esse factitatam. (Cap. *de argentariis et fœneratoribus.*) — Les *argentarii* vendaient aussi toutes les choses précieuses. (*Sueton.*, lib. VI. — *Vita Ner.*, cap. 5, *et notæ Variorum.*)

46 In foro et de mensæ scriptura magis quam ex arca domoque pecunia numerabatur. (*Cic.*, *pro Cæcina*, VI.)

47 Si quis unciario fœnore amplius fœnerassit, quadruplione luito. Tab. III (*in Gotho*). — Cato, de Re rustica. Fœneratorem quadruplo.

riches, fut fixé par les Décemvirs à douze pour cent par an, selon l'opinion la plus probable[48]. Les Romains, en effet, divisaient le capital prêté en cent parties; l'usure permise était d'un pour cent par mois, *usura centesima;* de manière que, dans l'espace de cent mois, la somme des intérêts devînt égale au principal[49] : l'intérêt, au centième denier, l'*usura centesima*, représentait donc le taux de douze pour cent par an. Une opinion, généralement répandue chez les Romains, plaçait dans le nombre DOUZE la solidité des choses ou la raison du tout. Ils regardaient comme un entier, AS, ce qui était composé de douze parties, et ils déduisaient de ce nombre la raison d'une division quelconque : *uncia* était le douzième de l'*as* et de toute unité. De là est venu l'AS héréditaire, ou l'hérédité qui se divisait en douze parties (*unciæ*); de là encore est venu l'AS usuraire, parce qu'il avait ses douze *unciæ* pour chaque année. Cette explication, donnée par Sigonius et Gravina, s'appuie sur de nombreux textes de droit[50]; elle

48 Tacit., Ann., VI. 16 : Vetus urbi fœnebre malum.... Primo duodecim Tabulis sanctum, ne quis *unciario fœnore* amplius exerceret, quum antea ex libidine locupletium agitaretur.

49 C'est ce qu'on appelait *centesimas computare.* (*Plinius Jun.*, Epit. IX. 28.)

L'année était d'abord de dix mois (304 jours); mais Numa adopta l'année lunaire de douze mois (355 jours). C'est Jules César qui réforma le calendrier romain, en adoptant l'année solaire de 365 jours.

50 Sigonius, de Jure ant. civ. Rom., II. cap. 11. — Gravina, de Ortu et Prog., C. XLVII. — Montesquieu, XXII. 22.

M. Burnouf, dans sa traduction et ses notes de Tacite (t. II. p. 473), adopte implicitement cette théorie. « Il est évident, dit-il, que *asses usuræ*, ou *fœnus ex asse*, est synonyme de *centesima*, c'est-à-dire de 1 p. 100 par mois, 12 p. 100 par an. » — Mais M. Burnouf ajoute que *fœnus unciarium* signifie le douzième de la centésime par mois; ce qui

prévient la contradiction choquante qui existerait, sans elle, entre Tite-Live et Tacite; Tite-Live, qui représente, au IV[e] siècle de Rome, une partie de la Cité comme écrasée et ensevelie sous l'usure, *mersam et obrutam fœnore;* qui reproduit les murmures des débiteurs se plaignant d'avoir payé plusieurs fois le capital par l'énormité des intérêts[51]; et Tacite, à qui l'on ferait dire que le taux de la

donne seulement la centésime entière pour douze mois, ou 1 p. 100 par an. — Cette interprétation du savant traducteur (qui est aussi donnée par Pothier, *Comm.* XII., Tab. III c. 2, et par Adam, *Antiq. rom.*, t. II. p. 361, ne nous paraît pas admissible. Comme on le voit dans les nombreux exemples rappelés par le président Brisson (*de Verb. Sig.*, v° *fœnus*), *fœnus* veut dire *revenu; uncia* veut dire *once* ou *douzième d'as*, et d'après la division d'un capital en cent parties (usura centesima), *uncia* veut dire un *centième* de capital par un douzième d'année, et, par conséquent, 1 p. 100 par mois, ou 12 p. 100 par an. *Fœnus unciarium* est pour fœnus *unciarum;* il signifie le revenu des douze parties à prendre annuellement sur les cent parties primitives du capital. Dans le Digeste, il est question de deux héritiers, dont l'un est institué *ex uncia*, l'autre *ex undecim unciis*, et ce dernier est qualifié de *unciarum heredem.* (*D.*, XXX. 1. 34. § 12.) Dans le même sens, on dirait le revenu des onces, *unciarum fœnus.*

Jacques Godefroy a fait une profonde dissertation sur l'intérêt représenté par les fruits et par l'argent, dans son Commentaire sur le Code Théodosien (II. 33. 1.) Il dit : « Centesimam scilicet usuram legitimam pecuniæ usuram olim fuisse, ut aliunde notissimum est » (*et inter alias ex leg.* 4. § 1. *D. de Naut. Fœn.* — *L.* XXVI., *Cod. Just.* » *usur.*)...... Exploratum et illud, centesimam usuram fuisse quæ in » *nummos centenos, singulos nummos singulis mensibus* præstaret. » — Le sens est ici bien clair : L'intérêt, *centesima usura*, sur un capital de cent écus, représente un écu par mois; c'est bien douze écus par an, ou les douze centièmes du capital. (*Voir* t. 1. p. 270, *édit. Ritter.*)

51 Propter ingentem vim æris alieni. — Cum jam ex re nihil dari posset, fama et corpore judicati atque addicti, creditoribus satisfaciebant. (*Tit. Liv.*, VI. cap. 34.) — On peut consulter aussi les ch. 14. 18. 31. 32. 35. — Tacit., VI. 16. dit : Seditionum creberrima causa.

Loi des XII Tables était d'un pour cent par an, et bientôt après d'un demi pour cent! Pour concilier Tacite, non seulement avec Tite-Live, mais avec toute l'histoire de la République, depuis la Loi des XII Tables, il faut entendre le *Fœnus unciarium* dans le sens indiqué par Sigonius, J. Godefroy, Gravina, Montesquieu, de la division du capital en cent parties, et de la division annuelle de l'*as* usuraire en douze *unciæ*, qui représentent les douze pour cent par an. Du reste, ce taux légal, abaissé quelquefois par des lois de circonstances, s'est maintenu sous l'Empire, et notamment depuis Constantin, qui l'a confirmé, jusqu'à Justinien, qui l'a réduit à quatre pour cent[52].

V. — Les contrats accomplis sous la forme de la mancipation, du serment, de la stipulation, de l'obligation littérale, sont-ils les seuls qui dérivent de la Loi des XII Tables, pour produire le lien du débiteur et l'action du créancier? — Cela n'est pas vraisemblable. Les contrats connus, en droit romain, sous le nom de contrats *réels*, le prêt de consommation, le prêt à usage, le gage, le dépôt, sont, dans toute société, des contrats usuels et primitifs[53] : ils s'accomplissent naturellement par la tradition de la chose, *re perficiuntur*, et il est impossible de

52 C. Th., II. 23. 1. — IV. 19. — C. Just., IV. 32. 26. De usur. rei jud.

53 En mots techniques : *Mutuum*; — *commodatum;* — *pignus;* — *depositum*.

Le *mutuum*, dans le droit des Institutes, comprend, avec les choses qui se consomment par le premier usage, le prêt de *numéraire;* mais sous la Loi des XII Tables, le prêt d'argent était distingué du simple *mutuum*, comme on l'a vu plus haut, par l'application de la mancipation et de l'*expensilatio*.

les comprendre sans cette tradition qui est de leur essence. Que serait un dépôt, un gage, un prêt, sans chose déposée, engagée, prêtée? — Il est donc fort logique de rapporter ces quatre contrats, *réels* et *nommés*, à la Loi des XII Tables, ou à l'interprétation des Prudents qui en était le complément légitime. Un texte précis place au surplus, dans la loi elle-même, la mention expresse du dépôt : le jurisconsulte Paul rappelle à ce sujet l'action *in duplum*, que la Loi des XII Tables, en cas de non restitution, donnait contre le dépositaire, et que l'Édit du Préteur, par une sanction moins rigoureuse, réduisit à l'action *in simplum*[54].

VI. — Mais la classe des contrats purement *consensuels* et *de bonne foi* (la vente, le louage, le mandat, la société), n'existait pas dans les XII Tables, et n'avait pas encore passé du droit des gens dans le droit civil. — Toutefois, nous trouvons, dans les fragments des XII Tables, une convention fort importante, la transaction, qui, par sa nature complexe, nous donne le germe des contrats *nommés* et consensuels, des contrats *innommés* et des pactes *nus* ou *légitimes*.

La transaction, en effet, d'après la Loi des XII Tables, a trois caractères :

1° Elle est un pacte reconnu par la loi, si l'on a traité

54 Paul, Sent. II. 12. § 11 : Ex causa depositi Lex duodecim Tabularum, in *duplum* actio datur, edicto prætoris *in simplum*.

L'édit du préteur réduisit l'action au *simple* pour le dépôt volontaire, et la laissa au double en cas de dépôt nécessaire, ou fortuit, par suite de naufrage, d'incendie, de sédition.

L'édit est au Digeste, XVI. 3. 1. § 1.

sur un vol, par exemple, ou sur un membre rompu, *de furto facto*, *de membro rupto;* c'est alors un pacte *légitime* qui produit obligation et action directe, comme le contrat consensuel et nommé[55];

2° Ou la transaction produit effet, seulement si quelque chose a été donné ou retenu[56] : — c'est alors le contrat *innommé* qui existe, dans le droit romain des temps postérieurs, quand il y a une *cause*, c'est-à-dire, une chose donnée ou un fait accompli par l'une des parties;

3° Ou la transaction n'a été suivie d'aucun effet; — et alors elle est restée comme un simple pacte, un pacte nu, privé d'action, laissé à la bonne foi des parties, et qui recevra un jour du Préteur la garantie du droit d'exception[57].

55 Tab. VIII. 2 : SEI MEMBRUM RUPIT NI CUM EO PACIT, TALIO ESTOD. (*D.* II. 14. 6. 17.) — (*Colombet*, *Paratitl.*, II. 14. *de pactis.*)

La différence est seulement que le contrat consensuel et *nommé* produit une action du *même nom* que le contrat, tandis que la transaction, comme pacte légitime, produit l'action directe *ex lege*.

56 *Aliquo dato aut retento.* — Le Fragment, Tab. I. 6. porte : REM UBEI PAICONT ORATOD. — Ici le caractère de la chose donnée est indiqué par le mot même de *rem;* ORATOD est pour *ratum esto.*—Gaius, ad Leg. XII Tab., dit : *In traditionibus rerum* quocumque pactum sit, id valere manifestissimum est. (*D.* II. 14. 48.)

La Table III. 5. reconnaissait à l'égard des débiteurs, au moment de l'incarcération, le droit de transiger : « *Ac nisi pacti forent*, *habebantur in vinculis.* (*Aulu-Gell.*, XX. 1.) — Le créancier ne se contentait pas certainement alors de la *parole* du débiteur.

57 Tab. I. 6 : NEI PAGUNT IN COMITIO AUT IN FORO, ANTE MERIDIEM CAUSAM CONJICITO, QUOM PERORANT AMBO PRÆSENTES. — Par ces distinctions seules, on peut concilier les lois dans lesquelles la transaction est appelée tantôt un contrat, tantôt un pacte

Et ainsi, le système des obligations conventionnelles du droit romain, qui se résume 1° dans les distinctions des contrats nommés, des contrats innommés et des pactes; 2° dans la distinction des actions certaines, des actions incertaines ou *innommées*, des condictions *ex lege*, des exceptions; tout ce vaste système qui se développera, dans la suite, sous l'influence des Préteurs et des Jurisconsultes de la grande époque, est déjà compris implicitement dans la sagesse féconde des XII Tables; et pour posséder, d'une manière complète, la théorie des obligations, le jurisconsulte devra nécessairement remonter à la source du droit public et privé des Romains.

### § 3. — MOYENS DE RESCISION. — CONTRATS STRICTI JURIS ET BONÆ FIDEI.

Les contrats ou les obligations, dont l'origine est dans le Droit civil des XII Tables, seront qualifiés postérieurement contrats ou obligations de droit strict, par opposition aux contrats de bonne foi, venant du droit des gens. La distinction des contrats *stricti juris et bonæ fidei* tenait bien plus à cette différence d'origine qu'à des idées de l'ordre moral. La bonne foi était également l'âme des contrats du droit civil et du droit des gens :

nu. (*D.* II. 15. 2. 6. 15. *Cod. de Transact.*) — Il est remarquable, au surplus, que, dans le plan des Pandectes, les deux titres de *pactis* et *transact.* viennent immédiatement après le titre de *edendo*. cela rappelle bien l'origine des pactes et des transactions, nés d'abord du besoin de traiter sur les actions judiciaires. — Les *pactes*, ensuite, ont pris, par le droit prétorien, une bien plus grande extension.

seulement, dans les premiers, la loi protégeait avec austérité la foi explicite des contractants, et n'admettait pas les interprétations ou les suites que l'usage et l'équité avaient introduites dans les autres, en les faisant passer dans le droit primitif de la Cité. — Un jurisconsulte moderne a plusieurs fois exprimé cette pensée « que » d'après la Loi des XII Tables, ce qui oblige l'homme » ce n'est pas la conscience, ce n'est pas la nature du » juste et de l'injuste; c'est la parole, c'est la religion » de la lettre » [58]. Ce jugement sur l'ancien droit civil de Rome n'est-il pas trop sévère? La solennité des paroles n'est point par elle-même en opposition avec la conscience : elle est employée précisément pour prévenir ou empêcher les erreurs d'interprétation ou les détours de la mauvaise foi. — Les anciens PRUDENTS pouvaient donner, dans leurs formules, trop d'importance aux mots sacramentels, ce qui était plutôt l'abus que l'effet naturel de la solennité; mais le droit primitif de Rome n'était point désarmé contre la fraude. Cicéron nous enseigne, d'abord, que le dol était expressément réprouvé par la Loi des XII Tables, dans les engagements ou l'exercice des tutelles, et par la Loi Lætoria, de l'an 497, qui concernait les mineurs de vingt-cinq ans, et les protégeait contre les fraudes employées pour les circonvenir [59]. De plus, il nous a transmis les formules de bonne foi, d'é-

58 M. Troplong. (*Voir Traité de la vente*, p. 200, *et Mém. de l'Influence du Christianisme sur le Droit romain.*)

59 La date de la loi Lætoria [497], est donnée par J. Godefroy. (*C. Th.*, VIII. 12. 2.) — La loi était appelée *Quina Vicennaria* par Plaute (*in Pseudolo*, act. I. sc. 3. v. 69), parce qu'elle regardait les mineurs de vingt-cinq ans.

quité, de fiducie, EX BONA FIDE, MELIUS ÆQUIUS, INTER BONOS, qui s'ajoutaient aux contrats, et les garantissaient contre le dol et les manœuvres frauduleuses[60]. Une belle et antique formule portait spécialement : « AFIN QUE DE » VOUS NI DE VOTRE FOI JE N'ÉPROUVE AUCUNE FRAUDE : » UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDA- » TUSQUE SIEM[61]. » Si donc, d'après les XII Tables, il suffisait, dans la mancipation ou la stipulation, d'exécuter ce qui avait été formellement promis, les Prudents y avaient bientôt ajouté la garantie même des réticences. Les jugements concernant la mauvaise foi, DE FIDE MALA, étaient nombreux[62]. C'est après avoir cité beaucoup de faits que Cicéron exprime cette conclusion : « Pourquoi tous ces exemples? — Pour faire comprendre » que NOS ANCÊTRES n'ont jamais favorisé l'artifice[63]. »

Ainsi, le Droit des XII Tables n'avait pas étouffé la justice et l'équité sous la forme et la parole solennelle du droit strict. L'interprétation des Prudents, qui était une partie du droit des XII Tables, avait écarté les plus grands abus. L'Édit du préteur, en suivant cet exemple, a élargi plus tard la voie des rescisions par les restitutions en entier[64].

60 Cic., de Off., III. 14. 15. 16.

61 Cic., de Off., III. 17. — Academ., IV. 47.

62 Inde tot judicia de fide MALA. (*Cic.*, *de Nat. Deor.*, III. 30.)

63 Quorsum huc? Ut illud intelligas non placuisse MAJORIBUS NOSTRIS ASTUTOS. (*Off.*, III. 16.)

64 Quidem pleraque jure prætorio *liberantur*, nonnulla legibus. (*D.* IV. 1. 2. *Paul. Sent.*, I. 7. § 1.)

§ 4. — TRANSPORT DES OBLIGATIONS ET DES DROITS D'HÉRÉDITÉ COMPRENANT DES CRÉANCES.

Le droit civil avait ses règles spéciales sur le transport des créances (*nomina*). Les obligations ou créances ne pouvaient, à la différence des autres choses incorporelles, être transportées par la *cessio in jure*. Le moyen principal de transporter l'obligation était la NOVATION, qui faisait passer la créance d'une personne sur une autre. La novation s'accomplissait, VERBIS, au moyen de la stipulation. Par l'ordre du créancier intervenant, le tiers stipulait directement du débiteur, lequel était libéré à l'égard du premier créancier[65]. — Le transport de la créance se faisait aussi, LITTERIS, par délégation écrite sur les registres domestiques plus haut mentionnés. Lorsque la créance inscrite en faveur d'une personne, était portée sur les registres comme devant être acquittée en faveur d'une autre personne, choisie par le créancier et déléguée à cet effet, le transfert était accompli[66].

Le principe sur le transport des obligations était suivi dans toute sa rigueur, et la logique du droit civil aimait mieux laisser périr la créance que manquer au principe lui-même. On en trouve la preuve bien manifeste à l'occasion des cessions d'hérédité légitime ou testamentaire.

65 Jubente me..... ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. (*Gaius*, II. §§ 38. 39.)

66 In nominibus transcriptitiis a persona in personam transcriptio. (*Gaius*, III. § 138.)

Plus tard, la délégation put n'être qu'une indication de paiement *solutionis causa*.

Le droit d'hérédité, comme chose incorporelle, pouvait être transféré par *Cessio in jure*. Si la Cession d'une hérédité légitime était faite *avant* l'adition, celui qui l'acceptait devant le magistrat était héritier comme si la loi l'avait appelé lui-même à l'hérédité *ab intestat*[67]. Il profitait dès lors des créances comme des autres droits ou biens de la succession. — Mais si la cession était faite *après* l'adition d'hérédité, les corps certains de l'hérédité passaient au cessionnaire comme si chaque objet avait été particulièrement cédé; les créances, au contraire, (*nomina*) restaient en dehors : elles n'appartenaient plus à l'héritier qui avait transporté ses droits à un autre; et elles n'avaient pu passer sur la tête du cessionnaire, parce qu'elles n'étaient pas susceptibles de cession *in jure* : elles périssaient donc au profit des débiteurs eux-mêmes[68]. — L'héritier cédant, qui ne pouvait réclamer activement les créances, restait cependant soumis aux dettes de la succession, non en vertu du principe, SEMEL HERES SEMPER HERES, mais par une raison toute spéciale : c'est qu'il avait contracté, par l'adition d'hérédité, une obligation personnelle envers les créanciers héréditaires; et de cette obligation, naissant comme d'un contrat (*quasi ex contractu*), il ne pouvait s'affranchir par la cession d'hérédité : un débiteur

67 Gaius, II. §§ 34. 35 : Hereditas quoque in jure cessionem tantum recipit. — Nam si is ad quem *ab intestato*, legitimo jure, pertinet, in jure eam alii *ante aditionem cedat*, id est antequam heres extiterit; perinde fit heres is cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset.

68 Debita vero pereunt; eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt. (*Gaius*, II. 35.)

n'est, en effet, libéré d'une obligation que par le paiement ou par l'extinction des droits du créancier, et l'héritier ne se trouvait, ici, ni dans l'un ni dans l'autre cas.

L'hérédité testamentaire ne pouvait être l'objet de la cession devant le magistrat qu'après l'adition d'hérédité. Alors se produisaient tous les effets de la cession *in jure*, relative à l'hérédité légitime préalablement acceptée; les créances n'étaient point, par conséquent, transportées sur la tête du cessionnaire, et les débiteurs héréditaires se trouvaient libérés, non par le paiement, mais par l'extinction des droits du créancier [69].

### § 5. — PAIEMENT ET LIBÉRATION DES OBLIGATIONS.

Dans l'obligation, c'est le lien de droit et personnel qui est le principe; dans le paiement, c'est la libération ou la dissolution du lien, SOLUTIO [70]. Le paiement, comme le dit excellemment le jurisconsulte Paul, se rapporte plus à la substance de l'obligation qu'à la numération même des espèces : MAGIS AD SUBSTANTIAM OBLIGATIONIS REFERTUR QUAM AD NUMMORUM SOLUTIONEM. Il se rapporte donc, dans le sens général, à tous les modes par lesquels le lien d'une obligation peut être

69 Gaius, II. § 36 : Postea quam adierit, si cedat, ea accidunt quæ proxime diximus de eo ad quem ab intestato, legitimo jure, pertinet hereditas, si post *obligationem* (aditionem) in jure cedat.

70 Gaius, III. § 168 : Obligatio tollitur solutione.

dissous[71]. Ainsi, dans le droit des XII Tables, l'obligation des débiteurs héréditaires s'éteignait en certains cas, comme on vient de le voir, par la cession du droit d'hérédité. Ainsi encore, l'obligation s'éteignait par un simple changement opéré dans la personne civile, par la petite diminution de tête, lorsque la femme *sui juris* et débitrice, passait en se mariant sous la puissance maritale, ou lorsque le père de famille débiteur se donnait en adrogation. — S'il y avait unité dans le principe de l'obligation, le lien personnel, il y avait donc aussi unité dans le principe de la libération, la dissolution du lien.

Un autre rapport existe : nous avons reconnu, sous la Loi des XII Tables, plusieurs FORMES d'obligation; nous allons reconnaître aussi plusieurs FORMES de libération qui leur étaient corrélatives, car les obligations s'étei-

71 Le Prés. Brisson a fait un savant traité, *de Solutionibus et de Liberationibus*, en trois livres; il s'attache à la pensée de Paul, ainsi exprimée (*D* XLVI. 3. 54.) : « Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam; magisque ad substantiam obligationis refertur quam ad nummorum solutionem. » — Brisson dit à ce sujet : « *Quod* sic plerique omnes accipiunt, quasi eamdem cum nummorum solutione cæteras liberationes habere potestatem significet. Nam et qui acceptilatione, delegatione, compensatione, confusione et his similibus modis liberati sunt, velut solvisse intelliguntur. Mihi propius adspicienti, aliud sensisse PAULUS visus est, nec tam effectum rei quam verborum vim potestatemque spectasse : quæ si origini suæ reddantur, perspicuum fiet, liberationem et solutionem solo nominis sono differre, vim utriusque verbi eamdem plane esse, ad eaque omnia genera pertinere quibus obligationis *vinculum* quoquomodo *dissolvitur*. Quod ipsum si solutionis nomen obligationi applices, planum erit. Quid enim aliud liberatio est, quam obligationis solutio? Et hoc nimirum est quod PAULUS ait : Magisque ad obligationis substantiam quam ad nummorum solutionem. (*Barn. Brissonii opera minora, Édit. Dietric. Trekell J. C. Lugdun. Batavor.* 1747. p. 113.)

gnent comme elles naissent, se dissolvent comme elles se contractent ; et c'est dans le droit civil des XII Tables, non moins que dans la raison de l'homme, qu'Ulpien a puisé la règle générale : « Rien n'est si naturel que de dissoudre un engagement, selon la manière même dont il a été formé : *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est* »[72].

Il faut donc marquer les corrélations de formes entre les modes de paiement et les modes d'obligation.

I. — A la forme générale de l'obligation civile, par les solennités de la mancipation, répondait la forme générale de la libération *per æs et libram*, que déjà nous avons précédemment indiquée. Cette forme de paiement était employée toutes les fois que le *Nexum* avait eu lieu *per æs et libram;* alors il y avait *nexu liberatio*, *absolutio*. Elle était appliquée encore lorsque la dette résultait, soit de la sentence du juge, soit du legs de quantité, sous la forme de LEGS PER DAMNATIONEM qui, dans le testament, imitait la sentence de condamnation contre l'héritier : HERES MEUS DAMNAS ESTO[73].

II.—A la forme de l'obligation verbale, la Stipulation, répondait l'Acceptilation, qui consistait aussi dans la so-

72 D., *de Reg. Jur.*, l. XXXV. Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur. (*D.*, L. 17. 153.)

73 Gaius, III. § 173 : Si quid eo nomine debeatur *quod per æs et libram gestum est*, sive quod ex judicati causa debitum sit. — Similiter legatarius hæredem eo modo liberat de legato quod *per damnationem* relictum est..... De eo tamen tantum potest hoc modo liberari quod pondere, numero constet ; et ita si certum sit : quidam et de eo quod mensura constat, idem existimant. (*Gaius*, III. 175.)

lennité de l'interrogation et de la réponse[74]. C'était une forme qui pouvait également s'appliquer à un paiement réel et à un paiement fictif[75]; et toute espèce d'obligation, ramenée à la forme de la stipulation, pouvait être dissoute par l'acceptilation[76]. Elle éteignait par la parole l'obligation contractée par la parole. — De là naissait naturellement la conséquence que l'acceptilation pouvait être appliquée à l'extinction des obligations par serment, doctrine enseignée par Ulpien[77].—Et quand la stipulation a été admise entre citoyens et étrangers, l'acceptilation a suivi, comme mode de libération commun au droit des gens. C'est encore Ulpien qui l'enseigne : HOC JURE UTIMUR UT JURIS GENTIUM SIT ACCEPTILATIO[78].

III. — A la forme de l'obligation littérale, contractée par l'inscription sur les registres domestiques et les livres des banquiers, répondait une forme littérale de libération qui résultait d'une mention sur ces mêmes livres et registres. A l'EXPENSUM ou EXPENSILATIO répondait peut-

74 QUOD EGO TIBI PROMISI, HABES NE ACCEPTUM? — HABEO. (*Gaius*, III. § 169.)

Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem qua utriusque contingit ab *eodem nexu* absolutio. — Acceptilatio verborum obligationem tollit; quia et ipsa verbis fit. (*D.* XLVI. 4. 1. *Ulp.*)

75 Acceptilatione omni modo liberatio contingit, *licet pecunia soluta non sit.* (*D.* XLVI. 4. 19. § 1.)

76 Sed et id quod ex alia causa debeatur potest in stipulationem deduci et per acceptilationem, imaginaria solutione, dissolvi. (*Gaius*, III. 170.)

77 Et per jusjurandum liberti operarum interpositam obligationem per acceptilationem tolli verius est. (*D.* XLVI. 4. 13.)

78 D. XLVI. 4. 8. § 4.

être, en langage technique, le DISPENDIUM dont Varron a présenté le rapprochement[79].

IV. — La novation, que nous avons déjà mentionnée comme moyen de transporter les créances, était aussi un mode de libération applicable aux obligations verbales et littérales. — Lorsque, dans le contrat littéral, il y avait changement apporté à la cause de l'obligation première, laquelle était transformée en prêt d'argent, l'obligation première était éteinte ou transportée dans la seconde, et confondue avec elle[80]. — Lorsque, dans le contrat verbal, il y avait stipulation d'un nouveau débiteur à la place du premier, une nouvelle obligation naissait, et la première était éteinte[81].

L'extinction des obligations était favorable, sous la Loi des XII Tables, et la faveur de la novation s'étendit progressivement. Si la seconde stipulation était inutile en elle-même, comme si l'on stipulait d'une femme, d'un pupille non autorisés par leur tuteur, elle produisait ce-

79 Varro, de L. Lat., v. § 183 : Ab eodem ære pendendo *dispensator;* et in tabulis scribimus *expensum*....... et *dispendium* ideo quod in dispendendo solet *minus fieri*. — Il est remarquable que Varron, en rapprochant ainsi *expensum* et *dispendium*, dit : ET IN TABULIS SCRIBIMUS. — C'était donc bien une mention opposée faite sur les livres domestiques. — Au surplus, l'expression *expensum ferre*, — *expensum referre*, est bien certaine pour exprimer les deux choses. (*Gaius*, II. §§ 128. 137.)

80 Veluti si id, quod ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. (*Gaius*, III. § 129.)

81 Novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas a Titio dari stipulatus sim : nam interventu novæ personæ, nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem. (*Gaius*, III. § 176.)

pendant l'effet d'éteindre la première obligation[82]. Les anciens jurisconsultes ajoutèrent qu'en stipulant de la personne obligée quelque chose de nouveau, comme une condition, un terme, un garant (sponsor), il y avait novation. Servius Sulpicius, contemporain de Cicéron, voulait qu'il y eût novation, même lorsque l'événement de la condition était encore incertain (*pendente conditione*), même lorsqu'on avait stipulé d'un esclave; esprit de concession excessive, qui succédait à l'ancien système de rigueur envers les débiteurs, mais dont l'exagération ne fut point acceptée par les jurisconsultes de l'Empire : dans l'un et l'autre cas, dit Gaius, nous usons d'un autre droit[83]. — La Jurisprudence postérieure admit la novation seulement lorsque les parties auraient *expressément* déclaré leur intention à cet égard, et laissa subsister conjointement les première et dernière obligations[84]. Les rigueurs Décenvirales contre les débiteurs avaient cessé depuis longtemps; et Justinien, en déclarant ainsi valables, simultanément, deux obligations successives, effaçait complètement le caractère originel de la Novation du droit civil, qui avait eu pour objet de protéger le débiteur contre les conséquences de l'obligation primitive, dans les liens de laquelle sa personne tout entière était engagée.

V. — La litiscontestation et le jugement étaient aussi une manière d'éteindre l'obligation qui se rattachait à a

82 Adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur. (*Gaius*, III. § 176.)

83 Gaius, III. § 179. — Il dit, § 178, à l'égard du *sponsor* : Quod de sponsore dixi non constat, nam diversæ scholæ auctoribus placuit nihil ad novationem proficere adjectionem aut detractionem.

84 Inst. Just. III. 29. — C'est aussi l'esprit de notre art. 1273 C. C.

novation. — Il y avait novation dans la cause de l'obligation. « Chez les anciens, dit Gaius, APUD VETERES, » il est écrit qu'avant la contestation en cause, le débi- » teur doit donner ou faire; après la contestation, il doit » être condamné; après la condamnation, il doit faire » ce qui est jugé[85]. ». L'obligation primitive est enlevée et transportée dans la litiscontestation et dans la chose jugée. Après le jugement, le débiteur est tenu *ex causa judicati*. Le jugement légitime à Rome, sauf pour la compensation de plein droit, n'a pas le caractère purement déclaratif; il éteint une obligation, pour en créer une nouvelle.

VI. — Dans le système de la Loi des XII Tables, les obligations naissent d'un contrat ou d'un délit : c'est la division fondamentale qui est restée dans le droit avec une subdivision accessoire des obligations, *quasi ex contractu, quasi ex delicto*. Les obligations, qui naissent comme d'un délit ou comme d'un contrat, supposent toujours qu'elles ont pour principe UN FAIT, et non une CONVENTION[86].

L'adition d'hérédité, l'acceptation d'une tutelle, la gestion des affaires d'un absent, étaient des sources d'obligations qui naissaient comme d'un contrat. — Dans

85 Gaius, III. §§ 180. 181. Cela avait lieu *in legitimis judiciis*; les autres jugements *quæ imperio contineantur* produisaient seulement l'exception de chose jugée. (V. *infra*, chap. V, sect. 5, § 5.)

86 M. Ducauroy a démontré par quel vice de langage et par quelle confusion d'idées on avait mis *quasi-contractus*, *quasi-delictum*, à la place de *quasi ex contractu*, *quasi ex delicto*. (*Inst.*, lib. III. tit. 27. t. III. p. 201 et suiv.)

les textes de Gaius, on trouve le mot *obligation* de l'héritier, employé pour signifier l'adition d'hérédité[87].

Sous l'expression générique de DÉLITS étaient renfermés tous les faits criminels ou dommageables; il y avait par conséquent différentes classes de faits :

1° Les faits, auxquels la Loi des XII Tables attachait une peine publique, comme le faux témoignage, ou le refus du LIBRIPENS d'attester la mancipation[88];

2° Les faits, auxquels la loi attachait à la fois une peine publique et une réparation privée, comme l'incendie[89];

3° Les faits, dont le caractère emportait simplement action en réparation d'injure ou de dommage, *injuriæ vel damni :* ainsi l'action d'injure contre celui qui ayant fait, en *acte* ou en *parole*, une injure légère à autrui, était soumis à la peine pécuniaire de 25 as : ainsi l'action en dommage contre celui qui, ayant coupé des arbres sur la propriété d'autrui, était condamné à raison de 25 as par pied d'arbre[90];

4° Les faits, dont le caractère emportait réparation au double, au quadruple, avec déshonneur : ainsi, l'action *in quadruplum* contre l'usurier[91]; l'action *in duplum* contre le voleur, le tuteur suspect, le dépositaire infidèle; actions qui entraînaient la note d'infamie, *famosæ actiones*[92].

87 Gaius, II. § 36 : Si is *ante aditionem* cedat..... *post obligationem* vero si cesserit....

88 Tab. VIII. Cic., Off. III. 31. 23. 22. Instit. de test. ordin., § 6, *improbus*, *intestabilis*.

89 Tab. VIII. 10. D. XLVII. 9. 9. (*Gaius*, ad Leg. XII Tab.)

90 Tab. VIII. 11. 4. Coll. Leg. Mosaic. et Roman., II. 5.

91 Tab. VIII. 18. Furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli.

92 D. III. 2. 1. 2. *De his qui notantur infamia*. L. 7. *Licet famosæ sint.*

5° Les faits ou actes préjudiciables, dont la responsabilité civile retombait sur un citoyen, formaient une dernière classe pour laquelle la loi avait créé une action en dommage, qualifiée généralement d'*action noxale*, soit que le dommage fût causé par un être inintelligent, *si quadrupes pauperiem fecerit* [93], soit qu'il résultât des maléfices de l'esclave ou du fils de famille. La conséquence de l'action noxale était l'abandon de l'animal qui avait nui, de l'esclave ou du fils de famille qui avait fait injure, à moins que le maître ou le père n'aimât mieux payer l'estimation du litige. — La chose et l'esclave abandonnés devenaient la propriété du plaignant; le fils de famille, livré pour cause noxale, tombait *in mancipio*, sous la puissance dominicale de ce dernier [94].

## SECTION V.

### INSTITUTIONS ET ACTIONS JUDICIAIRES.

---

#### SOMMAIRE.

*Caractère primitif. — Renvoi à la 2e période.*

---

Du temps des Rois, jusqu'à Servius Tullius, tout le pouvoir judiciaire, en matière civile, était concentré dans les mains du chef de l'Etat. Il prononçait sur le droit et

93 Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex Lege XII Tabularum descendit, quæ lex voluit aut dari id quod nocuit, id est, id animal quod noxiam commisit; aut æstimationem noxiæ offerre. (*D.* IX. 1. *prœm.* Ulp.)

94 Gaius, IV. §§ 75. 79 : Ex maleficiis, veluti si *furtum*, aut *injuriam* commiserunt.... — Filius familias ex noxali causa in mancipio datur.

sur le fait. « Nul particulier, dit Cicéron, n'était le juge ou l'arbitre du litige, mais toutes choses étaient soumises au jugement royal[1]. » Servius Tullius institua des juges, qui prirent plus tard le nom célèbre de Centumvirs.

Sous la République, les Consuls, alternativement[2], et depuis l'institution prétorienne, le Préteur de la Ville, plus tard celui des Étrangers, furent investis de la juridiction[3] : la JURISDICTIO était le pouvoir du magistrat de dire le droit et de donner le juge aux parties, selon la nature de la cause[4].

Les fragments de la Loi des XII Tables et plusieurs passages de Cicéron ne laissent pas de doute sur cette séparation fondamentale du magistrat et du juge, du JUS et du JUDICIUM. La Loi ordonnait de remettre le jour du jugement en cas de maladie grave du *juge*, de l'*arbitre* ou du défendeur[5]. — Cicéron dit : « NOS ANCÊTRES ONT » VOULU que, non seulement pour les questions qui tou» chent à la considération du citoyen, mais même pour » les moindres questions d'intérêt pécuniaire, nul ne fût

1 Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regiis. (*De Rep.*, v. 2.)

2 Sigonius, parlant des consuls, dit : Sane intelligi potest duo eorum fuisse imperia, unum *civile*, alterum *militare*. (*De usu legis Curiatæ*, *Histor. Bononiensis*, p. 877.)

3 Pomponius, Orig., § 27 : Quumque consules avocarentur bellis finitimis, neque *esset qui in civitate jus reddere posset*, factum est ut prætor quoque crearetur, qui *urbanus* appellatus est, quod *in urbe* jus dicebat.

4 Jus dicere, judicium dare.

5 Morbus sonticus, status dies cum hoste, quid horum fuit unum, JUDICI ARBITROVE REOVE, dies diffisus esto. (*Cic.*, *Off.*, I. 12.—*Aulu-Gell.*, XX. 1.)

» juge s'il n'avait été agréé par les parties adverses[6]. » — C'est donc sans aucun fondement que deux historiens du droit, Bach et G. Hugo, ont allégué que, sous la Loi des XII Tables, on ne connaissait pas les pouvoirs distincts de diriger la conduite de l'action et d'apprécier les faits ou les moyens[7].

Tout système judiciaire comprend trois parties essentielles :

L'organisation,
La compétence,
La procédure.

Le système établi en vertu des XII Tables satisfait à cette triple condition. — Le principe d'UNITÉ que nous avons constaté dans la Cité, la famille, la propriété, l'obligation, se retrouvait encore dans la sphère judiciaire; là, toutefois, il s'associait nécessairement avec la diversité, qui tient à la nature des choses; il y avait unité dans le pouvoir du Magistrat; mais il y avait diversité dans les *actions*, selon leur objet, et diversité dans la *compétence* des tribunaux ou des juges, selon la nature des actions. — Il y avait unité dans le principe de droit public qui fondait la séparation du *jus* et du *judicium*, et constituait les jugements *ordinaires*; mais à ce principe général venait se joindre l'exception des jugements *extraordi-*

6 Neminem voluerunt *majores nostri* non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui *inter adversarios* convenisset. (*Pro Cluentio*, cap. 43.) — C'était ce qu'on appelait *sumere judicem*. (*Pro Flacco*, 21.)

7 Aug. Bachius, Hist. jurisp. rom., lib. II. cap. 1. § 25, cite le jugement de Virginie sous les décemvirs. — G. Hugo, Hist. D. R., § 146, adopte l'avis, rejette l'exemple et ne met rien à la place.

*naires*, où le magistrat statuait directement sur le tout[8]. — La procédure *des actions de la loi* reposait généralement sur la distinction des formes à suivre *in jure et in judicio;* mais à cette procédure d'un caractère définitif venait aussi se joindre celle sur la possession [9], qui avait besoin d'une solution immédiate, provisionnelle, et qui la recevait du Magistrat.

Les institutions judiciaires et les actions, sous le Droit des XII Tables, formaient un système complet. Des jurisconsultes historiens n'y ont vu long-temps, et même de nos jours, qu'obscurité et confusion. En coordonnant avec soin les textes nouvellement découverts et les fragments épars dans les monuments et les écrivains de l'antiquité, on peut retrouver la lumière. Mais le lien entre le Droit prétorien et le Droit des XII Tables, surtout à l'égard des *formules* et de certains *interdits possessoires*, est trop intime, pour que l'histoire du droit puisse scinder en deux périodes l'exposition du système judiciaire. C'est une vue d'ensemble que nous devons renvoyer à la fin de la deuxième Période, ou du Droit prétorien.

La rigueur de la chronologie doit céder, ici, à la nécessité de l'ordre logique. Il faut placer, en regard des anciennes formules et des actions de la Loi, les modifications et les développements apportés par l'usage et par les Édits du Préteur. La Loi des XII Tables, à la vérité, est le fonds sur lequel s'est élevée la procédure prétorienne; mais l'institution accessoire ou dérivée est tellement grande qu'on doit ajourner, au temps où elle apparaît, l'exposition même de l'institution primitive.

8 Judicia ordinaria, Judicia extraordinaria.

9 Lis Vindiciarum. (Voir *infra*, chap. v. sect. v. § 2. n° 3.)

# CHAPITRE V.

## DROIT PRÉTORIEN.

(2e PÉRIODE DE L'ÉPOQUE ROMAINE.)

Jus prætorium pars est Juris civilis generaliter sumpti. (VINNIUS, Inst. Comm., III. 14. § 1.)

### OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

#### I. — UNION DU DROIT PRÉTORIEN, DU DROIT NON-ÉCRIT ET DES LOIS SPÉCIALES VERS UN BUT COMMUN.

Nous réunissons ici trois éléments distincts : le Droit non-écrit, les Lois spéciales, le Droit prétorien[1].

L'interprétation des Prudents avait, dès l'origine, accompagné la Loi des XII Tables. — Mais, dans cette seconde période, le Droit non-écrit a reçu une nouvelle impulsion de l'institution même du Préteur, et surtout du Préteur des étrangers. Les rapports fréquents qui s'établirent, aux ve et vie siècles, entre les Romains et les autres nations, ainsi que l'affluence des étrangers à Rome, ouvrirent de nouvelles sources d'idées, de relations, de droits et d'obligations. Le droit non-écrit devint, dans le droit civil, un élément actif. C'est lui, par exemple, qui

1 En langage technique.— Jus non scriptum, vel interpretatio prudentum, vel disputatio fori. — Leges, et plebiscita. — Jus prætorium, vel Jus honorarium, vel Edicta magistratuum.

introduisit la classe des CONTRATS CONSENSUELS et des actions directes qui en dérivent. — De même, plusieurs lois émanées des Comices par centuries et des Comices par tribus portèrent sur des objets du droit civil. Les Tribuns surtout provoquèrent des plébiscites pour abroger, modifier ou étendre certaines dispositions des XII Tables. Depuis la loi Hortensia, sur le caractère généralement obligatoire des Plébiscites, ces lois prirent dans le droit civil une place importante; elles furent nombreuses; et Cicéron, admirateur de la Loi des XII Tables, faisait dire à Antoine, peu favorable au droit civil : « Ne » voyez-vous pas que les anciennes lois ou sont affaiblies » par leur vétusté, ou sont abrogées par des lois nou- » velles[2]? » Ainsi, à côté du droit des XII Tables, et concurremment avec le Droit prétorien, se développaient le Droit non-écrit et les Lois spéciales. Mais c'est le DROIT PRÉTORIEN qui a dominé le mouvement général de cette seconde Période et marqué principalement son but.

Il se faisait alors, dans le droit de la République, un travail fécond, dont Cicéron a déterminé le caractère avec une précision bien remarquable. On peut dire que la pensée de la Période nouvelle, qui s'ouvre devant nous, est tout entière dans ce passage DES OFFICES : « Il est une » société, la plus vaste de toutes, celle qui unit généra- » lement les hommes entre eux; il est une société plus » restreinte qui unit les hommes de la même nation; il » en est une plus restreinte encore qui unit les membres

2 Cic., DE ORAT. I. 58 : « Non vides, veteres leges aut ipsa sua vetustate consenuisse, aut novis legibus esse sublatas? »

» d'une même cité. Aussi nos ancêtres ont voulu qu'autre » chose fût le droit des gens, autre chose le droit civil. » Ce qui est droit civil ne doit pas devenir aussitôt droit » des gens; mais ce qui est du DROIT DES GENS doit de- » venir DROIT CIVIL : *Quod Civile non idem continuo Gen- » tium; quod autem* GENTIUM, IDEM CIVILE *esse debet*[3]. »

Tel, en effet, dans Rome, s'est accompli le mouvement historique. Le droit civil et le droit des gens ont été complètement distincts dans la première période de la cité romaine; mais les relations de Rome se sont étendues et multipliées au dehors; les coutumes, les mœurs générales des nations étrangères ont passé, du moins en partie, dans le droit de la cité pendant la seconde période de la République; et réciproquement, des institutions du droit civil sont devenues du droit des gens, c'est-à-dire sont devenues communes aux nations. Le droit non-écrit sous l'influence des Jurisconsultes, les lois et les plébiscites sous l'influence des Consuls et des Tribuns, et surtout les édits du Préteur de la ville et du Préteur des étrangers, ont concouru à ce grand résultat : l'introduction du DROIT DES GENS dans le DROIT CIVIL de Rome[4].

3 Cic., Off. III. 17. *éd. Leclerc*, t. XXVII. p. 584 : « Societas enim est » latissime quidem quæ pateat hominum inter homines : interior eo- » rum, qui ejusdem gentis sunt; propior eorum, qui ejusdem *civi- » tatis*. Itaque Majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse volue- » runt. Quod civile, non idem continuo gentium; quod autem gen- » tium, idem civile esse debet. »

La fin du passage appartient à un autre ordre d'idées, et nous la rappellerons au chapitre sur la *Philosophie du droit*. (*Infra*, ch. VII.

4 Ulpien a dit : Cum aliquid addimus, detrahimus juri communi, jus *proprium*, id est *civile* efficimus. (*D.* I. 1. 6.)

Le *droit civil* de Rome, par réciprocité, s'est étendu, en certains

### II. — ORIGINE ET CONSTITUTION DU DROIT PRÉTORIEN.

Quelle est la source du Droit prétorien? Est-il né d'un pouvoir légitime? — En quel temps devint-il un droit distinct et reconnu dans la cité? — Ces questions sont à résoudre, avant de suivre l'action du droit prétorien sur le droit des XII Tables.

I. — Le Préteur est le GARDIEN du droit civil, disait Cicéron. — Le Droit honoraire est la VIVE VOIX du droit civil, disait un jurisconsulte des Pandectes[5].

«Le Droit prétorien, dit Papinien, est celui que les »Préteurs ont introduit pour aider, suppléer et corriger »le Droit civil, en vue de l'utilité publique : *Adjuvandi*, »*vel supplendi*, *vel corrigendi juris civilis gratia*[6],

»Le Préteur, disaient Paul et Ulpien, ne protège per»sonne contre une prohibition expresse ou une disposi»tion formelle de la loi[7].»

cas, au *droit des gens;* nous citerons pour exemples : la stipulation et l'acceptilation, qui, parties du *droit civil*, ont été applicables aux étrangers, et sont devenues du droit des gens; les fidéicommis, qui furent d'abord un moyen du droit civil de faire passer des successions aux étrangers. — Théophile, suivant cette idée, va jusqu'à dire que les *testaments* sont devenus du droit des gens : *Ut contractus*, *ut donationes fiant....*, *ut testamenta conscribantur*. (*Théoph.*, *Instit.*, *ed. Doujat.*, I. 2.)

5 Juris civilis custos. (*Cic.*, *de Leg.* III. 3. — Viva vox juris civilis. (*D.* I. 1. 8. *Marcianus.*)

6 Jus prætorium est quod prætores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam. (*D.* I. 1. 7.)

7 Si res talis sit ut eam Lex aut Constitutio alienari prohibeat, eo

Être le Gardien et l'organe du droit civil, suppléer à son silence et corriger la rigueur de la Loi, sans pouvoir abroger une disposition ou une prohibition formelle : tel était donc le double objet du droit prétorien. Il alliait le respect de la Loi fondamentale avec la nécessité de pourvoir aux besoins nouveaux de la société ; en lui se réalisait l'union des deux principes qui font la vie des sociétés, savoir, la CONSERVATION et le PROGRÈS. « Cette législation annuelle, dit très-bien M. Ducaurroi, »avait l'immense avantage de suivre facilement les pro- »grès de la civilisation, et de s'adapter aux mœurs qui, »en s'éloignant peu à peu de l'ancienne rigidité, contrai- »gnaient les magistrats à n'appliquer l'ancien droit qu'a- »vec les modifications nécessitées par des besoins et des »rapports nouveaux [8]. »

Le droit des Préteurs venait-il de l'usurpation, comme l'a dit CUJAS ? — Si cela était vrai, en soi, il faudrait du moins reconnaître, avec VINNIUS, que l'usurpation a été confirmée par le consentement tacite du peuple [9]. Mais le fait même de l'usurpation répugne à l'idée d'une magistrature née dans les beaux jours de la République et constamment honorée.

Le peuple romain avait la souveraineté, le pouvoir de

casu *Publiciana* non competit; quia his casibus neminem prætor tuetur *ne contra leges faciat*. (*D*. VI. 2. 12. § 4.) (*Paul.*)

Ubicumque lex, vel senatus, vel constitutio capere hæreditatem *prohibet*, et bonorum *possessio cessat*. (*D*. XXXVII. 1. 12. § 1.) (*Ulpien.*)

8 Institutes de Justinien nouvellement expliquées. (Tom. I. p. 52.)

9 Cujas ad Instit. — Vinnius, *Instit.* I. 2. § 7.

« Progressu autem temporis, *non obnitente populo*, hoc simul usur- » passe, ut *edicendo* etiam jus constituerent. »

faire la loi et d'ordonner, qualifié POTESTAS, IMPERIUM. Il déléguait annuellement une partie de son pouvoir aux Préteurs et à d'autres magistrats MAJORES, nommés dans les Comices par centuries, et qui recevaient d'eux le pouvoir, POTESTAS. — Le Sénat, qui avait le gouvernement politique, la haute administration, et qui ne tenait pas son existence des suffrages du peuple, n'avait point POTESTAS, mais AUCTORITAS[10].

Les mots POTESTAS, IMPERIUM sont attachés, dans la langue du droit public romain, à la souveraineté exercée ou déléguée; le mot AUCTORITAS se rapporte à l'exécution, à l'administration (distinction qui devrait être conservée dans la langue du droit moderne.)

Le Préteur, par le pouvoir à lui délégué dans les comices, avait le Droit et le devoir, à l'entrée de sa magistrature, de faire un EDIT ou de déclarer les règles qu'il suivrait et auxquelles devraient se conformer les citoyens[11]. En exerçant cette prérogative, il participait à la souverai-

10 Le savant président Brisson, dans son ouvrage *de Formulis pop. rom.* (lib. II. art. 2. p. 120, *édit. Leipsick*, 1731) a fait la distinction, avec Cicéron et Tite-Live : « Et quidem *auctoritas* erat in senatu, et *potestas* in populo. » — Cicéron (*de Leg.*, II. 12) présente de fréquentes applications de *summum imperium, summa potestas*, d'une part; et, d'autre part, il dit : *Auctoritas* optimatum, *auctoritas* augurum.

Cujas a fait une dissertation approfondie sur l'*imperium*. (*Quæst. papin., ad leg.* I, *de Off. cui mand.*)

11 Les Édiles Curules avaient le droit de proposer aussi des *édits* à l'entrée de leurs fonctions, mais des édits spéciaux à leur charge. (*Inst.*, I. 2. § 1.)

Et magistratus jura reddebant, et ut scirent cives quod jus de *quaque re quisque dicturus esset, seque præmuniret*, Edicta proponebant. (*D.*, I. 2. 10. *Pomp.*)

neté. Il n'avait pas le pouvoir de faire une loi proprement dite, *condere legem*, mais de faire un édit ayant, aux yeux du peuple, force de loi, *vim legis*[12]. Dire qu'il a usurpé son action sur le droit civil, ce serait dire qu'il n'avait pas le droit de faire des Edits, et nier les textes les plus positifs. « Au début de sa magistrature, dit Cicéron, le » Préteur montait à la tribune aux harangues pour déclarer » le droit qu'il observerait en rendant la justice[13]. » C'est dans ce moment solennel qu'il avait le pouvoir, POTESTAS, pour un but d'utilité publique. Ensuite le préteur, dans l'exercice ordinaire de sa charge annuelle, avait seulement *imperium mixtum*, c'est-à-dire, selon la remarque de Cujas, l'empire mêlé à la juridiction[14].

Cette participation à la souveraineté, par la confection de l'Édit, était si bien le vrai caractère du pouvoir du Préteur, que l'Edit, considéré dans ses effets par rapport à la société, était généralement appelé, du temps de Cicéron, LOI ANNUELLE, et qu'Ulpien lui donnait encore la qualification de Loi[15]. Mais si l'édit a force de loi, c'est sans

12 Dans l'ancienne école de nos jurisconsultes, Paul de Castres disait très-bien : Prætor non habet POTESTATEM LEGEM CONDENDI PER PRIUS (*a priori*), licet ejus EDICTA HABEBANT VIM LEGIS, quia recipiebantur a populo. — FACHINÆUS, Controv., lib. XIII. cap. 29, a présenté le résumé de toute l'ancienne école sur ce point de controverse.

13 Cic., de Finibus, lib. II. 22 : Quum magistratum inieris et in concionem ascenderis, est tibi *edicendum* quæ sis observaturus in jure dicendo. — Il distingue ensuite ce qui se fait *in judicio*.

14 Cujas, Quæst. papin., *ad legem* I, *de Off. cui mand.* — Imperium mixtum, id est, juridictioni immixtum.

15 Qui plurimum tribuunt edicto *legem annuam* dicunt esse. (*Cic., in Verr.*, I. cap. 42.) Ulpien, *ad edict.*, sur la possession *unde cognati*, dit : Pertinet autem HÆC LEX ad cognationes non serviles. (*D.* XXXVIII 8. 1. § 2.)

le jurisconsulte Servius avait écrit et adressé à Brutus deux livres très-brefs sur l'édit, et que le jurisconsulte Ofilius, l'ami intime de Jules César, avait, le premier, méthodiquement disposé l'édit du préteur [20]. — D'un autre côté, Cicéron rappelle, dans le traité DE LEGIBUS écrit vers l'an 704, « qu'au temps de son enfance (il était né en 647), les jeunes Romains apprenaient de mémoire la Loi des XII Tables comme chose indispensable; que, depuis, *nul ne l'apprenait;* et que si les anciens puisaient le droit dans les XII Tables, les contemporains, pour la plupart, le tiraient de l'ÉDIT DU PRÉTEUR [21]. » — L'époque où le Droit prétorien est constitué comme corps de doctrine et de droit distinct, est bien marquée par ces documents : c'est dans l'intervalle écoulé entre l'enfance de Cicéron et son âge mur, c'est-à-dire de l'an 650 à l'an 700, que le Droit prétorien s'affermit, s'étend, se coordonne, et qu'il devient, soit dans l'instruction de la jeunesse, soit dans la pratique du barreau, l'émule et presque le rival du droit des XII Tables.

III. — Toutefois, un vice s'était glissé dans l'exercice de la charge de préteur, un vice propre à donner au droit prétorien une atteinte mortelle. — Les Préteurs, dans l'exercice de leur juridiction, s'arrogeaient le droit de

20 Ofilius, Cæsari familiarissimus...., edictum prætoris primus diligenter composuit, nam ante eum Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad *edictum* subscriptos reliquit. (*Pomp. de Orig. J.* § 44.)

21 « Discebamus pueri XII Tabulas, ut carmen necessarium, quas » nemo jam discit. » (De Legib. II. c. 23.)

« Non ergo a *prætoris edicto*, UT PLERIQUE NUNC, neque a XII Tabulis, ut SUPERIORES, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam putas. » (*De Legib.*, I. 5)

s'écarter de l'Édit, promulgué par eux à l'entrée de leur charge; et il n'y avait de ressource efficace contre les variations et l'injustice d'un préteur, que dans l'INTERCESSION de son collègue ou des tribuns. Ainsi Verrès, préteur de la ville, s'écartant de son édit, trouvait obstacle dans son collègue L. Pison, préteur des étrangers; les citoyens, irrités des injustices de Verrès, se réfugiaient et s'empressaient autour du tribunal de son grave collègue[22]. — Il fallut une loi impérative pour enchaîner à jamais l'abus; et la loi Cornélia, plébiscite de l'an 686, ordonna que les Préteurs jugeraient toute l'année d'après leurs Édits, qualifiés de perpétuels[23].

L'Édit fut dès lors une règle fixe pour tous, magistrats, juges, citoyens; et la fixité de l'édit annuel, jointe aux principes traditionnels qui faisaient le fonds commun de tous les édits, assura, de plus en plus, la constitution et la force du Droit prétorien, qui, selon l'expression de Vinnius, devint une partie du Droit civil de Rome, considéré dans un sens général[24].

IV. — Les faits et les caractères constitutifs du Droit

22 In Verr., I. c. 46. t. 6. p. 560. éd. Lecl.
« L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod *iste* aliter, atque ut edixerat, decrevisset. Quod vos » oblitos esse non arbitror, quæ multitudo, qui Ordo ad Pisonis sellam » isto prætore solitus sit convenire; quem iste collegam nisi habuisset » lapidibus coopertus esset in Foro. »

23 Ut Edictis suis perpetuis judicarent. — Loi proposée par C. Cornelius, tribun du peuple, en 686. — Asconius *in argum. orat. pro Cornelio* (discours dont nous n'avons que des fragments.) — Ernesti, *Indices Ciceroniani*. Index legum, vº *Corneliæ*.

24 Vinnius, *Inst.* III, 14. § 1. *Comm.* : Pars Juris civilis generaliter sumpti.

Honoraire étant ainsi reconnus, nous allons suivre l'action combinée du Droit non-écrit, — des Lois spéciales, — du Droit Prétorien sur le Droit civil de Rome ; et pour rendre manifeste le parallélisme qui existe entre le Droit des XII Tables et le Droit Prétorien, nous allons considérer, au point de vue nouveau, la Cité, la famille, la propriété, les obligations, les institutions judiciaires, que nous avons étudiées d'abord, au point de vue de l'unité, sous l'empire du Droit des XII Tables. — C'est la première fois, peut-être, que l'on considère le Droit Prétorien sous ces rapports multipliés dans la société romaine ; et c'est le moyen, cependant, de constater toute l'importance de la révolution qui s'accomplit dans le droit civil. Sur cette double base, la Loi des XII Tables et l'Édit du Préteur, s'est élevé l'édifice de la Jurisprudence romaine. Les plus grands jurisconsultes de l'Empire ont produit leurs œuvres capitales, en les rattachant, sous la forme de commentaires, au Droit des XII Tables, au Droit prétorien ; et la lumière de la philosophie du droit romain, qui a pénétré si profondément dans la nature de l'homme et des choses, s'est le plus souvent réunie et confondue avec ces sources primitives du droit civil de Rome.

Dans le développement de la Cité et des autres objets essentiels de la société civile, nous verrons naître avec le Droit Prétorien et subsister, à côté de lui, le Droit Provincial, qui conservera toujours une part, plus ou moins grande, de vivante originalité, sous l'uniformité apparente du Droit Romain : cette persistance du Droit Provincial expliquera ou justifiera d'avance nos recherches sur le Droit Gallique, objet du deuxième Livre.

# SECTION Ire.

## LA CITÉ.

---

### SOMMAIRE.

§ 1. — *Division générale du* Latium, *de l'*Italie, *des* Provinces, *comprenant comme éléments particuliers, savoir* :
- I. — *Alliés* (socii, fœderati, dedititii);
- II. — *Préfectures;*
- III. — *Colonies;*
- IV. — *Villes municipales;*
- V. — *Peuples* fundi facti;
- VI. — *Naturalisation individuelle.*

§ 2. — *Condition du Latium* (jus Latii).

§ 3. — *Condition de l'Italie* (jus Italicum).

§ 4. — *Condition des Provinces. — Décret de soumission; éléments de l'Édit fait pour chaque province.*

§ 5. — *Résumé. — Division des personnes. — Extension du Droit Romain comme* droit réel et territorial *sous le nom de Droit du Latium et de Droit Italique.*

---

Au milieu du quatrième siècle, la Cité, c'est Rome. Vers la fin du septième siècle, la Cité, c'est l'Italie; — et bientôt le Droit Italique se transporte au delà de l'Italie elle-même.

Observons ce mouvement, qui se fait hors de Rome, et les résultats juridiques qu'il entraîne avec lui.

### § 1. — DIVISION GÉNÉRALE DU LATIUM, DE L'ITALIE, DES PROVINCES. — ÉLÉMENTS PARTICULIERS.

Les peuples se divisent en trois classes, relativement aux droits communiqués ou imposés par la Cité romaine:

Les Latins,

Les Italiens,

Les Provinciaux[1].

Mais dans ces trois régions du Latium, de l'Italie, des Provinces, étaient des peuples, des cités, des individus de condition différente, comme les alliés, les préfectures, les colonies, les villes municipales, les peuples *fundi facti*, les individus étrangers et ceux qui obtenaient la Naturalisation romaine. Nous devons donc déterminer les différences qui les caractérisent, et marquer ainsi les éléments particuliers, avant de développer la division plus générale qui les embrasse tous.

I. — Sous le nom d'Alliés (*Socii*) étaient compris les peuples unis avec Rome par des traités, et les peuples qui avaient été soumis à sa puissance (*Fœderati* — *Dedititii.*) Ils n'avaient que les droits stipulés dans les traités ou concédés au moment de la soumission. L'objet du traité, ordinairement, était politique : une alliance plaçait une Cité sous la protection romaine, en lui imposant soit la charge d'un tribut, soit l'obligation de mettre une partie de ses forces au service de Rome : le célè-

1 Neque alii populi fuerunt qui jura a populo romano acceperint quam Latini, Italici, Provinciales.

SIGONII *Disputationum Patavinarum*, *lib*. I. (P. 544, éd. 1604.)

bre traité de l'an 261, avec les Latins, établissait leur contingent dans l'armée romaine. Mais les Alliés conservaient leurs lois, leurs usages civils, leur gouvernement intérieur. La politique du Sénat imposait quelquefois le titre d'allié ou d'ami du peuple romain à des peuples étrangers, dans des pays libres de la domination romaine; ainsi le Sénat, avant la conquête des Gaules, avait donné le titre d'ALLIÉ à la nation des Eduens, puissante parmi les nations gauloises; et Jules César nous apprend, dans ses Commentaires, que, sous son consulat, il avait fait donner le titre d'AMI DU PEUPLE ROMAIN à un Chef germain, Arioviste, qu'il a trouvé ensuite dans la Gaule comme un redoutable adversaire.

Les peuples *Déditices*, soumis à la volonté du Sénat et du peuple romain, étaient le plus souvent exclus de la Cité et du droit de Latinité pour le présent et l'avenir. Les Campaniens, par exemple, après la prise de Capoue [542], furent frappés d'une loi et d'un sénatus-consulte ordonnant qu'aucun d'eux ne serait citoyen Romain, ni allié du nom Latin [2].

II. — Les Préfectures étaient les villes de l'Italie dont les habitants n'étaient régis ni par leurs propres lois, ni

2 Tit. Liv., XXVI. 34. Ut nemo civis Romanus aut Latini nominis esset. Dans le ch. 33 se trouve l'énumération de tous les caractères de la soumission des *déditices* · « Omnes Campani, Attellani, Calatini, » Sabatini, qui se *dediderunt* in arbitrium *ditionem*que populi rom. Fulvio pro consuli quæque una secum dediderunt, *agrum urbemque*, » *divina, humanaque*, utensiliaque, sive quid aliud dediderunt; de iis » rebus quid fieri velitis, vos rogo, Quirites. » — Plebs sic jussit : « Quod senatus juratus, maxima pars, censeat, qui assidetis, id volumus jubemusque. »

par leurs propres magistrats, mais qui recevaient de Rome leurs magistrats, et de ces derniers leurs lois. Le magistrat principal, étant appelé *Præfectus*, avait donné la qualification de *Præfectura* à la ville ainsi régie, sans sénat et sans assemblée de citoyens. C'était la condition qui succédait à celle des *Déditices*, et qui fut aussi celle des Campaniens : elle ne cessa pour eux que lorsque, sous le consulat de Jules César, l'*ager campanus* fut distribué à vingt mille citoyens de la plèbe romaine[3].

III. — La politique de Rome établissait des Colonies sur le territoire des peuples qu'elle avait plus ou moins soumis.

Polybe dit que c'est dans la Gaule cisalpine, sur le territoire des Gaulois Sénonais, près du lac Vadimon (en Etrurie), que les Romains envoyèrent leur première colonie, et bâtirent une ville nommée SÉNA[4]. Cette colonie et celle d'ADRIA (au bord de la mer Adriatique) remplacèrent la ligne la plus avancée des Gaulois cisalpins[5]. — Plus tard, et après la guerre contre les Boïens et les Insubriens, autres Colonies gauloises établies depuis long-

3 VELLEIUS PATERCULUS II. cap. 46 : In hoc consulatu Cæsar legem tulit ut ager Campanus plebei divideretur suasore legis Pompeio. Ita circiter XX millia civium eo deducta, et jus ab his restitutum post annos circiter centum quinquaginta duos, quam bello punico ab romanis Capua in formam Præfecturæ redacta erat.

4 Polybe, lib. II. cap. 4. — Silius Italicus, lib. IX, dit : Senonum ex nomine SENA.

5 Ces Gaulois, de la tribu ou nation des Sénonais (*Senonenses*), étaient en Italie vers l'an 163 de Rome. (*Tit. Liv.*, v. cap. 34. 35.)— On peut, sur ces émigrations, voir le *Précis historique de l'ancienne Gaule*, par le C. Berlier (ancien conseiller d'Etat), ch. IV. p. 90 et suiv. (Bruxelles, 1822.)

temps sur les bords du Pô, les Romains envoyèrent des colonies latines sur leur territoire, et fondèrent, en-deçà et au-delà du fleuve, c'est-à-dire, dans la Gaule Cispadane et Transpadane, les villes de Plaisance et de Crémone[6]. Les colonies furent répandues dans l'Italie en très-grand nombre; et la première, conduite par les Romains sur le sol même des Gaulois, dans la Gaule Transalpine, en 631, fut celle d'Aix, AQUÆ SEXTIÆ, du nom de son fondateur le proconsul Sextius[7]. — Les colonies ne vivaient pas de leur propre vie; elles tiraient leur force de la Cité; elles avaient les droits et les institutions qu'elles tenaient de la volonté du Peuple Romain, et non de leur volonté propre; elles recevaient des droits inégaux, des concessions plus ou moins étendues de droits appartenant en plénitude aux citoyens romains : le *Jus Commercii* ordinairement ou droit de propriété romaine, quelquefois le *Jus Connubii*. Elles nommaient leurs magistrats, mais elles n'avaient point le droit de suffrage à Rome[8].

IV. — Les Villes municipales conservaient leurs lois particulières, leur droit civil, leurs magistrats. Les citoyens des municipes avaient la qualité de *Citoyens Romains* et des droits politiques à Rome, par l'aptitude à être revêtus des charges militaires et des magistratures

6 Milan était la capitale des Insubriens, et avait été bâti par eux.

7 Tit. Liv., Epitome, lib. LXI : Sextius proconsul victa Salviorum gente coloniam *Aquas Sextias* condidit : aquarum copia et calidis et frigidis fontibus, atque a nomine suo, ita appellata.

8 SIGON., *de Jure Italic.*, lib. II, in Disputat. patav. (p. 546), dit : « Eodem loco ais colonias jus habuisse suffragii ferendi in comitiis magistratuum romanorum : — Quod *est plane falsum. Nulla enim colonia, quatenus colonia, jus unquam habuit suffragii.* »

de la République[9]. Ils appartenaient ainsi à deux patries, à deux cités, maxime tout à fait contraire à celle que Rome appliquait à ses propres citoyens, qui ne pouvaient appartenir qu'à la cité romaine[10]. Les municipes n'avaient pas généralement à Rome le droit de suffrage. Le premier municipe, la ville de Cœre, qui avait rendu de grands services à la République [365], n'avait point reçu ce droit; et le *Jus Cœritum* était appliqué souvent aux autres municipes. Les citoyens romains, auxquels les Censeurs enlevaient le droit de suffrage par peine censoriale, étaient inscrits *in Cœritum tabulis*[11]. Le droit de suffrage était accordé aux citoyens des municipes qui avaient exercé des charges publiques dans leur ville municipale, et transporté ensuite leur domicile à Rome. Quelques villes municipales, seulement, avaient reçu le droit de suffrage avec la qualité de municipes, comme Tusculum [273], Lanuvium et les villes des Sabins. Du reste, les municipes, dans leur organisation intérieure, prenaient ordinairement pour modèle l'organisation de la grande

9 « Munus.... officium. Igitur municipes dici, quod munera civilia capiant, » dit Paul (*D. de Verb. Sig.* L. XVIII.)

Municipes sunt *cives romani* ex municipiis, legibus suis et suo jure utentes, *muneris* tantum cum populo romano *honorarii* participes, a quo munere capessando appellati videntur. (*Aulu-Gell.*, XVI. 13.) Milon, dictateur à *Lanuvium*, sollicitait à Rome le *consulat*.

10 Cic., de Legib., II. 2 : Numquid duas habetis patrias? — .... *Omnibus municipibus* duas esse censeo patrias, unam naturæ, alteram civitatis. — Sed necesse est, caritate eam, præstare qua reipublicæ nomen universæ civitatis est; pro qua mori, et cui nos totos dedere, et in qua nostra omnia ponere et quasi consecrare debemus.

11 Nic. Grucch., de Com. Rom., I. in Sigonio., *de Rebus Bonon.*, p. 648.

Cité. Ils avaient un sénat, des comices, des duumvirs qu'ils qualifiaient de Consuls[12].

V. — La participation la plus grande au droit de cité romaine appartenait aux peuples qui étaient dits FUNDI FACTI. — Les villes municipales qui renonçaient à leurs propres lois pour suivre le droit civil de Rome étaient comme incorporées au territoire de la République. Si les peuples avaient manifesté cette volonté d'assimilation, ou comme disait la formule, *si fundi facti essent,* la cité municipale était censée faire partie de la cité romaine[13].

VI. — La communication du droit de cité, qui se faisait dans les premiers temps de Rome par naturalisation

12. Voir de nombreux exemples dans les Antiq. d'Heinecc, I. 5. 123, et dans Beaufort, Rép. rom., t. II. p. 231, et *infra* notre liv. III.

13 Cic., pro Balbo, VIII : Postremo hæc vis est istius juris et verbi, ut fundi populi beneficio *nostro non suo jure* fiant. »—Aulu-Gell., XVI. 13. XIX. 8. Legis fundus subscriptorque. — Festus : *Fundus* dicitur populus esse rei, quam alienat, hoc est *auctor*. — Sigonius, Ant. jure Ital., I. 4. — M. Giraud, Rech. sur le droit de prop., p. 95-106, a suivi l'indication de *Festus* et de *Sigonius;* il a pris le mot de *fundus* dans le sens de souscription, d'*auctor*. — Mais, malgré plusieurs des autorités ci-dessus indiquées, nous pensons que le mot *fundus* ne doit pas être ici complètement séparé du sens qu'il a dans la loi 60, *de Verb. Signif.*, et locus possit *fundus dici si fundi animo* eum habuimus. (PAUL.) — L'*ager* romanus était le sol de la cité, et quand une autre cité devenait partie de la cité romaine, son territoire était compris dans le fonds romain ; les peuples des municipes devenaient citoyens romains et sujets de la loi romaine, en faisant partie du fonds, du territoire de la république. C'était l'extension de l'*ager romanus* et le développement naturel d'une institution et d'une idée toute romaine. Varron donne cet unique sens : AGER.... FUNDUS DICTUS (*de Ling. lat.*, V. § 35); et Cicéron *(loc. cit.)* dit que la loi romaine réside alors IN POPULO ALIQUO tanquam IN FUNDO.

collective, se fit aussi, dans la seconde période, par naturalisation individuelle en faveur des étrangers. D'après la Loi des XII Tables, les *privilèges*, c'est-à-dire les lois faites pour les personnes prises individuellement, étaient prohibés ; la naturalisation romaine en faveur des étrangers ne pouvait donc être que collective. La loi *Apuleia de Coloniis* [653] s'écarta la première de cette règle. Le tribun Apuleius Saturninus fit autoriser Marius à conférer, dans chacune des colonies, à trois personnes, la qualité de citoyen romain[14]. La loi *Julia de civitate* [663], dont nous parlerons bientôt, communiquait collectivement le droit de cité aux Latins et aux alliés de l'Italie ; mais dans les villes de l'Italie se trouvaient des étrangers auxquels ces villes avaient accordé par honneur le droit de cité (ou, comme on aurait dit au moyen-âge, le droit de *bourgeoisie*) : étrangers, ils ne profitaient pas de plein droit du bénéfice de la loi Julia. La loi *Plautia Papiria* [664] donna le droit de cité romaine à tous ceux qui étaient *inscrits* dans les villes alliées et qui avaient leur domicile en Italie au moment de la loi, à la charge par eux de faire, dans les soixante jours, entre les mains du préteur, la déclaration de leur intention de devenir citoyens romains. C'est le plébiscite dont Cicéron faisait l'application au poète Archias, qui avait été précédemment inscrit comme citoyen d'Héraclée[15]. Ce plébiscite s'occupait de certaines personnes, et cependant il contenait encore une mesure d'un caractère général.

14 Cic., pro Balbo, cap. 21 : Ut in singulas colonias ternos cives romanos facere posset.

15 Cic., pro Archia, cap. 8 : Quæ cum esset civitas æquissimo jure ac fœdere, adscribi se in eam civitatem voluit..... idque impetravit.

Cn. Pompée, par la loi *Gellia Cornelia* [681], fut autorisé à accorder le droit de cité dans la province d'Espagne, de l'avis de son Conseil, à ceux qui avaient bien mérité de Rome, dans la guerre contre Sertorius. Il en fit usage spécialement en faveur du gaulois Trogus, appelé Trogue-Pompée, aïeul de l'historien dont le grand ouvrage a été résumé par Justin [16]. Là encore il y avait une loi préalable, et seulement un choix laissé au général romain [17]. Mais Jules César alla plus loin : il s'attribua le droit de conférer à des individus nommément désignés le *bénéfice direct du droit de cité*, et il permit d'inscrire sur des Tables, exposées aux regards du public, les noms des nouveaux citoyens. Il s'aperçut que sa facilité était surprise et sa faveur, pour les concessions individuelles, vendue par ceux qui l'entouraient [18]. Il ordonna que les Tables fussent brisées ; mais il maintint le bénéfice du droit de cité à l'égard de quelques individus ; et de là est venu le droit des Empereurs romains d'accorder spécialement le droit de cité à des personnes désignées [19]. La naturalisation, à partir de cette époque, a pu s'exercer d'une manière *collective* ou *individuelle* : c'était une modification importante dans le mode de communication du droit de cité romaine.

16 Justin XLIII. 5. Trogus majores a Vocontiis originem ducere, avum suum civitatem a Cn. Pompeio percepisse dicit.

17 Cic., pro Balbo. En vertu de cette loi, Balbus fut reconnu citoyen romain, sur la plaidoirie de Cicéron. Il fut depuis *consul*.

18 Cic., Epist. famil., XII. 36. T. XVII. p. 190, éd. Leclerc.

19 Epist. famil., id. ibid. : « Ei (Demetrio Mega) Dolabella, rogatu » meo, *civitatem a Cæsare impetravit*. Qua in re ego interfui... Eidem » Dolabellæ, me audiente, Cæsar dicit nihil esse quo de *Mega* vere- » retur ; *beneficium suum in eo manere* [an. 707]. »

Toutes ces diversités de peuples, de villes, de conditions, de droits, étaient répandues dans le Latium, l'Italie et les provinces de la République. La division qui a dominé tout le reste, et qui a le plus long-temps subsisté, c'est la triple division du Latium, de l'Italie, des Provinces, avec la division correspondante du *Jus Latii*, du *Jus Italicum*, du *Jus Provinciale*. — C'est celle qui doit désormais nous occuper.

### § 2. — CONDITION DU LATIUM (JUS LATII).

La plus ancienne distinction, parmi les trois classes de nations et de droits, fut celle des Latins et du *Jus Latii*. Une concession partielle du droit de Cité Romaine eut lieu en faveur des Latins, qui formèrent une classe intermédiaire entre les Citoyens et les Etrangers.

L'époque très-probable de cette concession résulte d'un ensemble de faits historiques exposés dans notre premier chapitre (sect. II, § 2), et dont nous devons résumer ici quelques traits.

Les Latins, après le traité de l'an 261 avec Rome, avaient conservé leur liberté civile et perdu leur indépendance nationale; ils fournissaient des troupes, et formaient une partie imposante de l'armée romaine. Après la conquête de Véies en 358, tout l'ancien Latium (Latins, Sabins, Etrusques) reconnaissait la puissance de Rome. — Les Latins nouveaux (Volsques, Herniques, Auruncés, Ausonnes), après des guerres de fortune diverse, étaient entrés aussi dans l'alliance des Romains. Mais la fidélité des alliés de Rome fut soumise à une

grande épreuve pendant la guerre des Samnites : la foi des anciens Latins, les premiers dans l'alliance, ne se démentit point. Les Latins nouveaux, au contraire, ainsi que les peuples de l'Italie centrale, suivirent avec ardeur le parti des Samnites, pour reconquérir leur propre indépendance. Rome, humiliée d'abord sous les Fourches-Caudines [433], réduisit sous sa puissance, vers la fin du v^e^ siècle, les Latins nouveaux, les Samnites et les peuples de l'Italie centrale [481]. Eclairée par l'expérience de la foi de ses alliés, et assez forte pour récompenser ou punir, Rome, à cette époque, fit une concession de droits en faveur des Latins, mais seulement des anciens Latins, ses fidèles alliés; elle leur accorda une partie du droit de cité romaine, qui fut dénommé Droit de Latinité, Droit des Latins, ou JUS LATII.

Les Latins exerçaient une partie des droits politiques du Citoyen romain. Ils avaient le droit de Milice; ils étaient admissibles aux grades de l'Armée, à la dignité du Sénat, aux diverses Magistratures[20]. Lorsqu'ils se trouvaient à Rome, ils pouvaient être invités par le magistrat à donner leurs suffrages dans les Comices, et l'on tirait au sort le nom de la Tribu dans laquelle ils voteraient[21].

Quant aux droits purement civils, les Latins avaient la propriété romaine, ou le *Jus Commercii*, avec toutes les conséquences attachées au Domaine Quiritaire, tels que

20 Tacit., Annal., II. 24 : « Plebei magistratus post patricios, LATINI post plebeios, cæterarum Italiæ gentium post Latinos. »

21 En 566, on fit sortir de Rome 12,000 Latins qui avaient voulu s'y établir définitivement. *(Annal. Rom.)*

le droit de mancipation et d'usucapion. Le droit de tester *per æs et libram* fut une conséquence du droit de propriété et de mancipation. Gaïus en fait foi[22].

Les Latins n'avaient pas le *Jus Connubii* et les droits de famille attachés au mariage des citoyens romains : ils n'avaient donc pas le droit de Cité dans sa plénitude, mais dans une certaine proportion.

Le droit de Latinité fut appliqué dans la suite, pour caractériser une certaine classe de droits, intermédiaire entre la condition des citoyens et celle des étrangers. Il fut communiqué, à titre de récompense, à des Cités italiques situées hors du vieux Latium; il fut appliqué aussi aux habitants de plusieurs Colonies.

Vers l'an 551, après la retraite d'Hannibal, le dictateur P. Sulpicius Galba parcourut les villes et les colonies de l'Italie qui, pendant la deuxième guerre punique, avaient soutenu ou déserté les intérêts de Rome. Il régla leur sort suivant leur témoignage de fidélité ou la gravité de leurs fautes. Plusieurs des Cités italiques perdirent alors leurs anciens droits. Quelques peuples, comme les Bruttiens, les Picentins, les Lucaniens, furent réduits à une condition presque servile[23]. — Dix-huit Colonies qui, sur trente dont le contingent était ré-

22 Gaïus, III. § 56. Il déclare que les affranchis Latins-Juniens auraient eu le droit de transmettre leurs biens, s'ils avaient été complètement assimilés aux Latins, mais qu'à cet égard, les choses restèrent comme si la loi n'avait pas été portée, *ac si Lex lata non esset*.

La loi I. Cod. J. VII. 6., *de Latin. lib.*, s'applique aux affranchis.

23 Tit. Liv., XXX. 24. — Reliquum anni circumeundis Italiæ urbibus, quæ bello alienatæ fuerant, noscendisque singularum causis consumpsit. — Aulu-Gell. X. 3 *(in fine)*. Nec pro sociis habebant, sed servorum vicem..... — Beaufort, Rep. Rom., VII. ch. 2.

clamé par le sénat en 544, avaient secondé activement le peuple romain, et dont le noble dévouement, selon Tite-Live, avait sauvé la République, reçurent le droit de latinité ou le JUS LATII, d'où vint la dénomination de LATINI COLONARII ou COLONI, donnée aux membres de ces colonies et de celles qui, par la suite, furent investies des mêmes droits[24].

Plus tard, et sous les premiers empereurs, les esclaves affranchis par les modes non solennels, en vertu de la loi Junia [772], furent aussi placés dans la condition des Latins, mais avec cette différence essentielle, qu'ils n'avaient pas comme les *Latini coloni* le droit de tester[25].

### § 3. — CONDITION DE L'ITALIE (JUS ITALICUM).

Au VII^e siècle, l'Italie renfermait un grand nombre de peuples et de colonies, dont la condition politique et civile, dans ses diversités, avait, relativement à Rome, un caractère d'infériorité. Mais tous ces peuples étaient animés d'une même intention. Ils voulaient participer également au droit de Cité romaine. Alliés, Municipes, Colonies, Préfectures, réclamaient leur place au Forum et la jouissance de tous les droits civils et politiques des citoyens romains. Rome s'efforçait de maintenir contre

24 Douze des trente colonies qui devaient, dans l'année 544, fournir leur contingent, refusèrent : *Negaverunt consulibus esse unde milites pecuniamque darent.* Les dix-huit autres offrirent plus que leur contingent. Tite-Live a transmis leur nom à la postérité. (*Tit. Liv.*, XXVII. 9. 10.)

25 Gaius, III. § 56 : Ne beneficium istis datum, in injuriam patronorum converteretur; itaque jure quodammodo peculi bona latinorum ad manumissores pertinent.

l'Italie l'infériorité et l'inégalité des conditions. La lutte primitive, qui avait existé entre les patriciens et les plébéiens, se produisit, sur un plus vaste théâtre, entre Rome et l'Italie. La Cité-Reine ne voulut répandre, sur le sol italique, que des concessions de droits partiels : de là vint la Guerre Sociale ou Marsique de l'an 662, à laquelle les anciens alliés de Rome, les Latins, ne prirent aucune part. Le droit de cité fut accordé immédiatement aux Latins fidèles et à quelques peuples de l'Etrurie par la loi JULIA DE CIVITATE [663], qualifiée ainsi du nom de Lucius Julius César, consul, et qu'il ne faut pas confondre avec les lois de Jules César.

Après la guerre sociale, en 665, Rome, cruellement avertie, accorda le droit de Cité aux peuples alliés de l'Italie, à l'exception des Samnites et des Lucaniens. La Loi fut étendue alors à l'Italie, et prit la dénomination, qu'elle a conservée, de loi Julia sur la communication du droit de cité aux alliés et aux Latins[26]. Cette communication complète du droit de cité n'avait lieu toutefois qu'envers les peuples qui déclaraient accepter le bénéfice de la loi, sous la formule *si facti fundi essent*[27]. Ces peuples furent classés dans huit nouvelles Tribus; mais cette addition aux Tribus de Rome eut peu de durée. Auguste établit que les suffrages ne seraient plus donnés à Rome, qu'ils seraient envoyés des Villes où ils auraient été recueillis : la classification devint inutile; et bientôt l'apparence même du droit de suffrage cessa d'exister.

26 Lex Julia, de civitate cum sociis et latinis communicanda. (*Cic.*, *pro Balbo*, VIII. *Denys d'Halic.*, IV. 62.)

27 Ipsa denique Julia, qua lege civitas est sociis et latinis data, *qui fundi populi non essent*, civitatem non haberent. *(Cic. id. ibid.)*

De l'admission de l'Italie au droit de cité naquit le JUS ITALICUM. Il était appliqué aux villes de l'Italie, à leur territoire, et il emportait, pour la masse des habitants, le droit de cité romaine. La ville et les habitants, investis du droit italique, étaient unis à la grande Cité; le sol était incorporé au territoire de la République. Le JUS ITALICUM constituait un droit ou un STATUT RÉEL. Le Sol italique eut donc les mêmes avantages que l'Ager romanus. Les terres de l'Italie furent marquées d'un caractère privilégié à l'égard des terres provinciales. Elles furent mises dans la classe des *Res mancipi*, dont les citoyens seuls pouvaient être légitimes propriétaires, selon les formes et les conditions de la propriété *ex Jure Quiritium*; elles étaient nommément comprises dans le Cens romain; elles avaient, à proprement parler, le droit de la Cité, JUS CIVILE[28].

La loi Julia *de civitate*, s'appliquait au Latium, à l'Italie centrale, à l'Italie du sud ou la Grande-Grèce. — Quarante ans après cette loi, Jules César, revenant vainqueur de la Gaule Celtique, voulut récompenser l'Italie du nord, qui l'avait si puissamment secondé pendant ses dix années de gouvernement et de conquête. Le droit de cité fut en conséquence étendu à toute la Gaule Cisalpine[29]. Pour elle aussi fut promulguée, vers la même époque, la LEX GALLIÆ CISALPINÆ, dont les fragments sont principalement relatifs aux jugements en matière de dommage, de prêt d'argent, de partage d'hérédité. La loi

28 Cic., pro Flacco, nº 32 : Illud quæro, sint-ne prædia censui censendo? habeant jus civile..... (Tom x. p. 506.)

29 Cela même se fit graduellement. Il accorda le droit de cité d'abord à la Gaule *cispadane*, ensuite à la Gaule *transpadane*; ce qui constituait l'ensemble de la Gaule cisalpine.

donne une énumération de toutes les divisions qui constituaient le pays, villes, municipes, colonies, préfectures, bourgs, châteaux[30]. Un monument de la même époque, les Tables d'Héraclée, relatives aux élections dans les villes de l'Italie, prouve que Rome, après la loi Julia, s'efforçait de régulariser les municipes selon des règles uniformes. Les cités les plus importantes possédèrent par écrit leur loi municipale; il n'existait pas, comme on l'a supposé, de Loi municipale unique pour toutes les cités[31]. On tendait à l'uniformité du régime municipal, mais en l'appropriant à l'esprit particulier des nations et des coutumes locales. — Sous le Triumvirat d'Antoine, Octave et Lépide, les noms distinctifs des contrées italiques furent effacés, en vue de l'unité politique et administrative; le nom uniforme d'Italie fut appliqué à toute la péninsule; et son étendue, reculée jusqu'aux Alpes, fut divisée par Auguste en onze Régions[32].

Le JUS ITALICUM fut, par la suite, un moyen de propager le droit de cité en dehors de l'Italie; il fut accordé à des villes, à des colonies, dans toutes les parties du monde romain. La colonie de Tyr, l'antique et glorieuse

30 In eorum quo oppido, municipio, colonia, præfectura, foro, vico, conciliabulo, castellove, quæ sunt, eruntve in Gallia cisalpina. (*Lex Gall. cis. Blondeau*, II. p. 79.)

31 Les Tables d'Héraclée ont été retrouvées en 1732. — On a supposé que le titre du Digeste, *ad municipalem*, devait sous-entendre *legem*. On a même attribué à Jules César une loi uniforme, sous le nom de *Lex municipalis*. Savigny croit trouver cette loi dans les Tables d'Héraclée. Nous discuterons ces questions, liv. III, époque Gallo-Romaine. — Voir le Mém. de M. Améd. Thierry, sur l'organisation communale des Romains. (*Acad. des Sc. mor.*)

32 Dion., XLVIII. 12. — Le sénat ratifia généralement les actes des triumvirs en l'an 715.

patrie d'Ulpien, reçut de l'empereur Sévère le Droit de l'Italie[33].

Les domaines, placés dans les pays qui avaient le Droit italique, étaient réputés *in Solo Italico;* et les habitants des villes ou colonies, auxquelles était concédé le droit de l'Italie, avaient toujours le droit de Cité romaine ou la qualification de Citoyens romains.

Nous avons vu successivement le LATIUM et l'ITALIE, par rapport à la Cité romaine; passons aux PROVINCES.

## § 4. — CONDITION DES PROVINCES. — DÉCRET DE SOUMISSION. — ÉLÉMENTS DE L'ÉDIT FAIT POUR CHAQUE PROVINCE.

L'établissement des provinces romaines naquit de la lutte entre Rome et Carthage, et suivit tous les développements de la conquête[34].

Rome appliqua aux provinces, dès le principe, le régime varié des préfectures, des municipes, des colonies, du droit de latinité, du droit italique. La Sardaigne, par exemple, et l'Espagne, réduite en province après la prise de Numance [619], eurent des municipes, des villes fédérées[35]; le droit de latinité fut accordé à la Sicile[36]; et

33 Sciendum est quasdam colonias Juris italici, ut est in Syria splendidissima Tiriorum Colonia, unde mihi origo est. (*D.*, IV. 15. 1.)

34 Voir notre ch. Ier, sect. 2. § 3. *supra*, p. 26 et suiv.

35 Cic., pro Balbo. Plin., Hist. nat., III. 2.

36 Pline, dans la description de la Sicile, indique les cités, les colonies; puis il nomme cinquante peuples de l'intérieur de l'île, qui sont de condition latine : *Intus Latinæ conditionis*. (III. 8.)

même, sous Vespasien, à l'Espagne tout entière[37]. Dans la Gaule méridionale, devenue province romaine [634], entre le Rhône, les Cévennes, les Pyrénées, Arles, Narbonne, Vienne furent fondées comme Colonies romaines; Nîmes fut dotée du *jus Latii*, Aix du *jus Italicum*.

Les priviléges locaux ainsi répandus dans les provinces, à côté du régime sévère des Préfectures, avaient pour objet de rattacher plus étroitement à la Cité romaine des villes, des territoires heureusement situés. Ces concessions formaient un Droit spécial dans quelques parties des provinces.

Mais il y avait, de plus, un Régime général, dont le but était de consolider la domination du peuple romain dans les pays de conquête. Une seule province en fut assez promptement exceptée, la GRÈCE, déclarée libre par la loi Julia *de provinciis* [694]; exception qui honore les Romains, et qui ayant, dès la conquête, commencé par la ville d'Athènes, était un hommage rendu à la gloire et à la civilisation[38].

Le régime général des provinces, sous la République, se manifeste par la création de Préteurs et de Proconsuls, et par la double institution du Décret de soumission et de l'Édit provincial.

Après les conquêtes successives de la Sicile, de la Sardaigne, de l'Espagne, de la Gaule Narbonnaise, on créa autant de préteurs qu'il y avait de provinces soumises. Chaque préteur gouvernait sa province pendant

37 Universæ Hispaniæ Vespasianus Latii jus tribuit. (*Pline*, III. 3.)

38 Sigonius, *de Ant. Jur prov.*, I. 9.

une année[39]. C'était là le régime ordinaire. Mais le sénat était libre de prendre une mesure extraordinaire et de confier aux consuls deux provinces, qui étaient dites alors Provinces Consulaires[40]. — Le Préteur pouvait être prorogé dans son pouvoir sur la province, ou un ancien Préteur de Rome être appelé à ce pouvoir. Il prenait alors le nom de PRO-PRÉTEUR : ainsi Caton fut pro-préteur en Sicile, quelques années après sa préture de Rome; et Verrès avait été préteur en cette même province au sortir de sa préture urbaine. — De même, le Consul pouvait être prorogé dans son pouvoir sur la province qui lui était tombée en partage, ou un personnage consulaire être appelé à cette haute administration : ils prenaient alors le titre de PROCONSULS. Cicéron fut Proconsul en Cilicie, plusieurs années après

39 Pompon., de Orig. Jur., § 32 : « Totidem prætores, quot provinciæ in ditionem venerant, creati sunt, partim qui *urbanis rebus*, partim qui provincialibus præessent. » — Les préteurs provinciaux remplissaient, *pendant un an*, *à Rome*, avant de partir pour leur province, les fonctions de *quæstores parricidii*, depuis l'institution des questions perpétuelles. (*Cic.*, *in Verr.*, I. 13.)

40 Si quid extra ordinem senatus decernebat, duæ (provinciæ) Consulibus mandarentur quæ *consulares* dictæ; reliquas prætores sortirentur. (*Sigonius*, *Disp.*, II. p. 579.) — *Cic.*, *de Prov. Consul.*, cap. 7 : Faciam illas prætorias. — Selon P. Manuce, *ad Cic.*, *epist. famil.* I., nº 7, le tribun C. Sempr. Gracchus porta une loi observée, par la suite, savoir, que le sénat, avant les Comices, décernerait deux provinces consulaires et six prétoriennes pour les magistrats qui seraient nommés, et dont ceux-ci feraient, en tirant au sort, le partage entre eux. Ces provinces n'étaient point déterminées comme *consulaires* ou *prétoriennes* d'une manière fixe. La même était, suivant l'avis du sénat, tantôt consulaire, tantôt prétorienne. (*Nieuport*, *Cout. des Rom.*, II. 14. p. 109.) — Tit.-Liv., XL. 1 : Sortiti provincias sunt.

son consulat [690-702]; et quand Jules César, avant l'expiration du pouvoir de cinq ans qu'il s'était fait attribuer, pendant son consulat, sur la province des deux Gaules, obtint la prorogation de son commandement pour cinq autres années, ce fut aussi sous le titre de Proconsul.

Le Préteur provincial et le Proconsul n'avaient pas seulement le pouvoir civil, ils avaient le pouvoir militaire. A la différence du Préteur de la ville, qui avait pendant l'exercice de sa charge le pouvoir civil, *imperium mixtum*, le Préteur des provinces avait le pouvoir militaire, *summum imperium*. Le pouvoir qui tenait à la magistrature civile résultait de la déclaration des Centuries qui nommaient le magistrat; mais, pour le pouvoir militaire, il fallait de plus au préteur provincial une loi *de imperio* portée par les Curies, LEX CURIATA [41].

Après la victoire qui avait soumis un pays à la puissance de Rome, le sénat déclarait le pays province romaine, et il envoyait dix commissaires (*Legati*) au général vainqueur (*Imperator*), pour établir les conditions de la

41 Il en était des préteurs et des proconsuls comme des consuls : « Consuli, si legem Curiatam non habet, attingere *rem militarem* non » licet. » (*Cic., in Sec. Agr.*) — « Appius Claudius dixit in senatu, sese, si licitum esset legem Curiatam ferre, sortiturum esse cum collega provinciam. » (*Cic., Epist. ad Lentul.*) — Cæsar, de Bello civili, lib. I, atteste pour les préteurs de province la nécessité « *ut de eorum imperio ad populum referatur.* » — Sigonius a fait une dissertation spéciale sur cette distinction nécessaire, entre la manière dont était attribué le pouvoir civil ou le pouvoir militaire : De usu *legis Curiatæ*, de imperio. (*Loc. cit.*, p. 876.) — Ce n'est que dans les troubles de la guerre civile que l'on vit des préteurs ne pas attendre la loi *de imperio*.

soumission. Le vainqueur, de l'avis des dix députés, rendait un Décret qui devenait une loi générale du pays; c'était le Décret de soumission à l'état de Province[42].

L'Édit provincial était le moyen par lequel les Préteurs et les Proconsuls exerçaient ensuite, sur les provinces, leur puissance législative, et déterminaient le mode d'administration : c'est par son influence progressive que le Droit civil de Rome pouvait pénétrer dans les provinces.

L'Édit fait pour chaque province en prenait le nom particulier. On disait : *Ex edicto Siciliense*, *ex edicto Asiatico*, etc. La qualification d'*Edictum provinciale*, employée quelquefois dans Cicéron[43], n'avait point encore une signification générale pour annoncer un Édit fait en vue de toutes les provinces.

Pour chaque province, l'Édit avait, sous le rapport du droit, trois éléments : 1° des dispositions empruntées aux édits précédents qui formaient l'*edictum translatitium,* le droit traditionnel; 2° des dispositions nouvelles établies par le préteur ou proconsul dans l'édit publié à son entrée dans la province; dispositions ordinairement conformes à l'édit du préteur de Rome; 3° des dispositions qui maintenaient sur certaines matières les *coutumes* ou *les lois anciennes du pays.* — La plus grande part était faite,

42 Cic., in Verr., XVII. 13.

Après la guerre des esclaves, P. Rupilius était vainqueur en Sicile [620], et Cicéron cite le *décret* rendu par lui, et appelé par les Siciliens *lex Rupilia :* « Ex P. Rupilii *decreto*, *quod is de decem legatorum* » *sententia statuit*, quam legem illi Rupiliam vocant. »

Pour la Macédoine, le *décret* fut rendu de la même manière. Tite-Live dit : « Decem legati, MORE MAJORUM, quorum ex consilio » T. Quinctius imperator leges pacis Philippo daret, decreti. »

43 In Verr., I. 46 : Cur ea capita in edictum provinciale....

dans l'édit des préteurs provinciaux ou des proconsuls, au droit prétorien promulgué dans Rome[44]; mais les usages des provinces étaient maintenus sur beaucoup de points : MULTA ESSE IN PROVINCIIS ALITER EDICENDA[45].

Il y avait aussi dans les édits une partie qui était spécialement appelée *provinciale*, et qui était relative aux comptes des Cités, à leurs dettes, à leurs obligations, et aux traités avec les Publicains : c'était la partie *administrative* de l'édit, celle qui offrait aux exactions des Proconsuls et des Publicains le plus de ressource; exactions qui entraînaient souvent l'épuisement des provinces, et qui faisaient dire à Cicéron, d'Appius son prédécesseur dans le gouvernement de la Cilicie, « qu'il la lui avait livrée ruinée, épuisée de sang, expirante[46].

Sous la République, il faut le reconnaître, le régime des provinces était désastreux; et pour quelques rares préteurs ou proconsuls, comme Caton dans la Sicile et Scévola dans l'Asie, S. Sulpicius dans la Grèce ou Cicéron dans la Cilicie, on avait en foule des Verrès et des Appius. Trois parts étaient faites par les proconsuls dans

44 L'épître de Cicéron à Appius, III. 8, et surtout son épître à Atticus, VI. 1, où il parle de son édit en *Cilicie* (t. XIX. p. 126. 123), contiennent des détails précieux sur les éléments de l'édit provincial; c'est dans cette dernière qu'il dit : « Tertium — de reliquo jure dicundo..... Dixi me de eo genere mea decreta ad *edicta urbana* accommodaturum. »

45 In Verr..., I. 46. Les choses qui paraissaient toucher à *l'équité*, fondement du droit prétorien, étaient réglées par l'édit : *An aliud Romæ æquum est, aliud in Sicilia?* — Non enim hoc potest hoc loco dici, *multa esse in provinciis aliter edicenda.*

46 « Illo imperante, exhaustam esse sumptibus et jacturis provinciam.... quid dicam de illis præfectis, comitibus, legatis? Etiam de rapinis, de libidinibus, de contumeliis? » (*Ep. ad Attic.*, VI. 1.)

leurs dilapidations : la première, pour eux; la seconde, pour payer des témoins lors des accusations qui seraient peut-être portées contre les proconsuls, dans les trente jours qui suivraient l'expiration de leur charge; la troisième, pour les juges qu'il fallait corrompre. — C'est par les blessures toujours saignantes des provinces que s'écoulèrent les vertus et les forces de la République.

### § 5. — RÉSUMÉ. — DIVISION DES PERSONNES. — EXTENSION DU DROIT ROMAIN, COMME DROIT RÉEL OU TERRITORIAL, SOUS LE NOM DE DROIT DU LATIUM ET DE DROIT ITALIQUE.

En résumé, pendant cette seconde période de l'histoire, la Cité romaine, dans ses rapports avec l'extérieur, a d'abord distribué des fractions du *Jus civitatis* aux habitants des colonies et des municipes, et à la classe générale des anciens Latins; — après la guerre sociale elle a donné, sous le nom de *Jus Italicum*, le droit de cité à l'Italie centrale et méridionale; — après la conquête des Gaules, à l'Italie du nord ou la Gaule cisalpine. Le JUS ITALICUM a remplacé dans l'Italie, comme droit réel et territorial, le JUS LATII, qui est resté encore applicable à des Cités, à des Colonies et même à des contrées entières, situées hors de l'Italie. — De plus, le droit personnel de cité, qui ne s'accordait que par une loi et par une disposition collective en faveur d'une classe de personnes, s'est modifié sous l'influence successive de Marius, de Pompée, de Jules César surtout, et a pu devenir, depuis la dictature de ce dernier, un droit de naturalisation individuelle. — Enfin, par le Décret de l'Imperator et des dix Commissaires députés par le sénat,

et principalement par l'Edit des préteurs et proconsuls, Rome a pu propager le droit prétorien dans les provinces; elle a fait pénétrer, à travers les ruines des pays vaincus, quelques rayons de son droit civil et de l'édit du préteur de la Ville. Mais les habitants des provinces, en général, sont restés avec leur condition d'Étrangers (*peregrini*), relativement à la Cité romaine.

Au terme de cette seconde période du Droit civil, et sans parler ici des esclaves, la division des personnes, par rapport à l'intérieur et à l'extérieur de la cité, comprenait donc trois grandes classes :

1° Les Citoyens,

2° Les Latins,

3° Les Étrangers :

Les Citoyens de Rome ou de l'Italie, y compris les étrangers naturalisés par bénéfice individuel;

Les Latins des colonies ou de certaines provinces, un peu plus tard les affranchis *Latins-Juniens*;

Les Étrangers appelés *provinciales* ou *peregrini*, c'est-à-dire les habitants des provinces non gratifiées du Droit du Latium ou de l'Italie, et les membres des nations non encore soumises à la puissance de Rome.

Nous sommes déjà loin, comme on le voit, de l'époque où Rome ne connaissait, à l'intérieur de la cité, que des citoyens ou des esclaves; — à l'extérieur, que des étrangers, qualifiés ennemis!

La Cité romaine, dans l'origine, c'était Rome et l'étroit *Ager romanus;* la Cité, à la fin de la seconde période, ce sont les villes de l'Italie et le sol italique; — et de plus, toutes les villes, toutes les colonies, tous les territoires

qui recevront le droit de l'Italie, et seront dès lors considérés comme incorporés au sol italique.

Admirable conquête de l'*Ager romanus*! tandis que ses limites antiques, posées à cinq ou six milles de Rome, étaient honorées chaque année par les cérémonies religieuses des *ambarvalia*[47], en mémoire de Romulus, les limites réelles et progressives s'avançaient jusqu'aux confins de l'Italie et sur plusieurs points des provinces, en attendant le jour où elles devaient se confondre avec les limites mêmes de l'Empire, de l'ORBIS ROMANUS, proclamé à son tour LA CITÉ ROMAINE. — Et le Droit romain, en même temps, s'étendait sur les nations, non seulement par l'influence de sa doctrine et des édits prétoriens, mais par l'extension et la communication du *Jus Latii* et du *Jus Italicum*. — Sous ce nom de Droit du Latium, de Droit Italique, il s'établissait sur divers points de l'Empire et sur les territoires les plus éloignés, avec le caractère d'un droit réel et territorial; il prenait possession des Provinces.

De la Cité telle qu'elle se développe dans la période du Droit prétorien, portons nos regards sur la Famille.

47 M. Michelet, qui a mis en lumière, dans son Histoire de la République romaine, l'importance de l'*ager romanus*, dit, t. I. p. 115. 291 : «Ce champ sacré était fort circonscrit ; selon Strabon, on voyait à cinq ou six milles de Rome un lieu appelé *Festi ;* c'était là l'ancienne limite du territoire primitif. Les prêtres faisaient à cet endroit, comme en plusieurs autres, la cérémonie des *ambarvalia.* »

Les *ambarvalia* ou *larentalia* étaient des sacrifices publics pour la fertilité des campagnes; ils se faisaient au mois d'avril, par le prêtre du dieu Mars. (*Plut., Vie de Rom.*) — Varro, de Ling. lat., VI. § 32. *Larentinal* quem diem quidam in scribendo *larentalia* appellant...... quia sacerdotes nostri publice parentant festo die qui ab Acca Larentia dicitur.....

## SECTION II.

### LA FAMILLE ; CONSTITUTION PERSONNELLE ET RÉELLE.

---

SOMMAIRE.

§ 1. — *Changements par rapport aux époux.*

I. — *Résultats produits par les lois* Canuleia, Julia, Mensia. — *Mariage libre.* — *Réciprocité de divorce et de répudiation.*

II. — *Origines de la Dot et du Régime dotal.*

III. — *Donations* ante nuptias. — *Donations entre vifs d'un époux à l'autre pendant le mariage.* — *Donations mutuelles.*

IV. — *Institutions testamentaires et legs en faveur des femmes :* Loi Voconia.

§ 2. — *Changements par rapport au père, aux enfants, à l'ensemble de la famille romaine.*

I. — *Limite imposée à la faculté de disposer par donation entre vifs* ; Loi Cincia.

II. — *Limite imposée à la disposition par testament ;* Loi Furia testamentaria ; Loi Voconia *(disposition toute spéciale) ;* Loi Falcidia.

III. — *Abolition de l'exhérédation tacite.*

IV. — *Plainte en testament inofficieux* (querela testamenti inofficiosi).

V. — *Possession de biens en faveur du fils émancipé.*

VI. — *Système des possessions de biens ou successions prétoriennes.* — *Parallélisme du Droit prétorien et du Droit civil.*

VII. — *Caractère du droit conféré par les successions prétoriciennes.*

VIII. — *Caractère de la possession de biens purement* confirmative *de l'hérédité testamentaire ou légitime.*

IX — *Différence essentielle entre le principe de l'hérédité civile et le principe de la succession prétorienne.*

§ 1er. — CHANGEMENTS PAR RAPPORT AUX ÉPOUX.

I. — Les obstacles existants entre les classes patricienne et plébéienne, relativement au mariage, furent attaqués, dès les premiers temps de la Loi des XII Tables, par un plébiscite qui entra, quoiqu'avec lenteur, dans les mœurs de l'aristocratie romaine. — A la fin de la deuxième période [757], la Loi Julia, *de maritandis ordinibus*, alla plus loin : elle permit le mariage entre les patriciens et les affranchis [1] ; elle maintint toutefois la barrière, d'une part, entre les femmes affranchies et les sénateurs ou leurs descendants, jusqu'au troisième degré; d'autre part, entre les affranchis et les filles des sénateurs, jusqu'au même degré de descendance [2].

L'ancienne prohibition du Connubium entre les Ci-

1 Sur la Loi Canuleia, voir *suprà*, p. 106. — Hottmann rapporte la loi à Jules César, Haubold la rapporte à Auguste[757]. Ut *patriciis* liceret libertinas uxores, præterquam si senatores senatorumve liberi essent. (*Hotom.*, *Index legum.*) — Dans la loi Pappia-Poppæa, qui a remplacé la loi Julia, *de Marit. ordin.*, il est dit *omnibus ingenuis*, au lieu des mots *ut patriciis* (*D.*, XXIII. 2. 23.); ce qui appuie l'opinion, cependant douteuse, qu'avant cette loi le mariage était prohibé entre les ingénus et les affranchis. (*D. Trekel*, *sur Brisson*, *de Rit. nupt. op. min.*, p. 342.) L'exemple de l'*affranchie* Hispala, qui dénonça les Bacchanales et à qui le sénat permit le mariage avec un ingénu, n'est pas applicable; car elle était en même temps *courtisane*, et il y avait l'empêchement d'honnêteté, levé par le sénat en 568. (*Tit. Liv.*, XXXIX. 18.)

2 La même prohibition était exprimée pour le mariage avec des femmes livrées aux jeux de la scène, ou filles de père ou mère de condition scénique.

D., XXIII. 2. 44, de Ritu nupt. (Paul.) : Lege Julia ita cavetur : « Qui senator est, quive filius neposve ex filio, pronepos ex filio nato, » cujus eorum est, erit : ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo

toyens romains et les Étrangers conserva sa force. La Loi *Mensia, de Civitate* [735], statuait que les enfants nés de deux époux, dont l'un était étranger, suivraient la condition la plus défavorable [3]; cependant, si le mariage était contracté de bonne foi avec une étrangère par un citoyen romain, l'enfant né de cette union était légitime : cela passait même pour une ancienne exception [4].

Le Droit prétorien ne toucha point à la constitution personnelle de la famille ; mais l'altération des mœurs et l'influence des relations de Rome avec la Grèce y portèrent une profonde atteinte. Déjà, vers le milieu du VI[e] siècle, la situation de l'épouse s'était gravement modifiée dans la maison conjugale. Impatientes du joug, les femmes tendaient à l'indépendance. La richesse des institutions testamentaires ou des legs faits à leur profit, le luxe qui en dérivait, l'orgueil qu'elles puisaient dans la supériorité de leur fortune sur celle de leurs maris, corrompaient les mœurs antiques de la famille. Porcius Caton, du haut de la tribune, en 558, reprochait avec

» malo habeto libertinam aut eam quæ ipsa, cujusve pater materve » artem ludicram facit, fecerit. Neve senatoris filia, neptisve ex filio, » proneptis ex nepote nata, filio nato, nata : libertino eive qui ipse » cujusve pater, materve artem ludicram facit, fecerit : sponsa, nup- » tave sciens, dolo malo esto, si neve quis eorum dolo malo sciens spon- » sam, uxoremve eam habeto.» — La prohibition pour les personnes de condition scénique fut confirmée par Valentinien en 454, et fut abolie par Justinien en 534. » (*Cod. Just.*, v. 5. 7. — v. 4. 23. 28.)

3 Deterioris parentis conditionem sequi jubet. (*Ulp. Frag.* v. § 68.)

4 Gaius, II. §§ 142. 143 : Simile jus OLIM fuit in ejus persona cujus nomine ex senatus consulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina, vel Latina quæ per errorem quasi civis romana uxor ducta esset, natus esset.

force aux femmes romaines d'envier la liberté et même la licence de toutes choses, et aux citoyens romains de n'avoir pas conservé le droit et la majesté de l'homme, JUS MAJESTATEMQUE VIRI[5]. Mais ces reproches sévères du Censeur ne pouvaient enchaîner le mal. L'influence de la Grèce se répandait de plus en plus dans Rome, cette influence dont Pline l'ancien a sévèrement caractérisé les tristes résultats, deux siècles après Caton, quand il a dit « que les Grecs étaient les pères de tous les vices[6]. » La femme, d'origine grecque, hautaine dans son attitude et sa parole, demandait fièrement au chevalier romain « si elle n'était qu'une étrangère dans sa maison[7]. » — Aussi l'imitation de la Grèce et l'amour des femmes pour la liberté domestique apportèrent un grand changement dans la constitution de la famille romaine. Le mariage *per usum* qui ne produisait plus la puissanee maritale ou la *manus*, par l'habitude facile de l'interruption annale, devint le mode le plus fréquent dans l'usage. On l'a qualifié de MARIAGE LIBRE; et pour la femme, affranchie de l'autorité maritale, c'était vraiment le libre mariage, comparativement à l'union, plus rare désormais, qui se contractait par la Coemption ou la Confarréation.

Le mariage libre entraînait à sa suite la facilité du divorce. Le divorce, que le mari seul, selon les anciennes

5 Omnium rerum libertatem, imo licentiam desiderant. (*Tit. Liv.*, XXXIV. 2.)

6 Græci, vitiorum omnium genitores. (*Plin.*, *Hist. nat.*, XV. 5.)

7 Cicéron, en parlant de la femme de son frère Quintus, sœur du grec Atticus, écrivait à celui-ci : « Nihil meo fratre lenius, nihil asperius tua sorore.... Illa, audientibus nobis : EGO SUM, inquit, HIC HOSPITA? » (*Epist. ad Att.*, V. 1.)

lois, pouvait exercer, devint un droit égal en faveur de la femme; et la répudiation de la part des époux, comme de la part des fiancés, devint aussi une faculté réciproque[8].

II. — Ce changement dans la constitution *personnelle* de la famille en produisit un très-important dans la constitution *réelle*, ou les rapports des époux quant aux biens.

Dans les mœurs primitives de Rome, comme on l'a vu, la femme était presque toujours placée *in manu mariti*, sous une puissance absolue, identique à la puissance paternelle, applicable à la fois à la personne et aux biens. Si la future épouse était *sui juris*, et propriétaire de certaines choses avant son mariage, ses biens, par l'effet de son union, étaient acquis au mari à titre universel. — Si, avant son mariage, la fille romaine était sous la puissance de son père ou de son aïeul, *alieni juris*, elle n'avait rien en propre et ne pouvait ainsi rien apporter à son mari; mais, d'après un ancien usage, attesté par S. Sulpicius et Varron, le futur époux, au jour des fiançailles, stipulait du père que sa fille lui serait donnée en mariage, avec une somme déterminée[9]. Le père promettait solennellement, SPONDEBAT; et, selon Varron, la somme promise était qualifiée SPONSA, comme

8 D., XXV. 2. 8, de Div. et Rep. — XXIII. 3. 38, de Solut. matr., et Brissonn., de Verb. signif., v° *Repudium :* Repudium non nuptiarum tantum diremptionem, renunciationemve, sed et sponsalium significat.

9 S. Sulpicius in libro quem scripsit *de dolibus :* qui uxorem ducturus erat,.... *stipulabatur* eam in matrimonium ductum iri. Cui daturus erat itidem, SPONDEBAT daturum. (De là vint le mot *sponsalia*, fiançailles.) (*Aulu-Gell.*, IV. 4. — *Brisson.*, *de Rit. nupt.*, p. 207.)

la fiancée, et quelquefois SPONSIO[10]. Le mot DOS, qui est d'origine grecque, n'existait pas encore dans la langue du droit[11]; mais l'expression DATIO, rapprochée de l'idée de mariage, se trouve dans un monument précieux de l'an 568, le sénatus-consulte sur les Bacchanales; et Plaute disait, déjà, que la dot c'est de l'argent, DOS PECUNIA EST[12]. La somme promise par le père au jour des fiançailles était déposée quelquefois, en attendant les noces, entre les mains des Aruspices, ou donnée le jour du mariage : elle était vraiment un don acquis au mari par la tradition de la somme, *donum, datio, dos.*

Dans le premier cas, où la future était *sui juris,* où le mari devenait propriétaire à titre universel des biens apportés par la femme, le mari était certainement, dans toute la force de l'expression, le maître des biens ou de la dot, *dominus dotis.* — Dans le second cas, et en appliquant la qualification de dot à la somme versée par le père de famille entre les mains de son gendre, le mari donataire était encore, dans le sens propre, le maître de la dot.

10 « *Spondebatur* pecunia aut filia nuptiarum causa..... Appellabatur » et *pecunia,* et quæ desponsa erat, *sponsa....;* » quæ pecunia inter se contra sponsum rogata erat, dicta *sponsio;* cui desponsa quæ erat, *sponsus.* (*Varro, de Ling. lat.*, VI. § 70.)

11 VARRO, V. § 175 : Pecunia vocabulum mutat. *Dos,* si nuptiarum causa data, hæc græce δωτίνη, ita enim hoc Siculi. — FESTUS : dotem manifestum est ex græco esse.

12 Utique Feceniæ Hispalæ *datio*..... Utique ei *ingenuo nubere liceret.* (*Tit. Liv.,* XXXIX. 19.) Pulchra dos pecunia est. (*Plaut., Epid.,* II. sc. I. v. 11.) — CICÉRON applique le nom de DOT même aux biens de de la femme en puissance : « Quem mulier viro in manum convenit, *omnia quæ mulieris* fuerunt viri fiunt DOTIS NOMINE. » — Topic. IV.

Droit absolu sur les biens ayant appartenu à la femme avant son mariage, ou sur les valeurs données en vue des justes noces; tel était le résultat nécessaire du mariage qui entraînait la *manus*.

Si donc l'on croit devoir, avec Plaute et Cicéron, appliquer le nom de dot aux biens apportés par la femme ou à la somme fournie par le père, on trouve ici l'origine de la DOT; mais il est évident qu'aucun RÉGIME DOTAL ne pouvait exister dans ce système de propriété absolue et irrévocable; et c'est seulement à mesure qu'on s'éloignera de l'idée de puissance, de propriété absolue, que l'on pourra trouver l'origine du régime dotal et de la dotalité des biens.

Le divorce était permis au mari seul sous le droit des XII Tables; et la femme, dont le lien était brisé, ne pouvait avoir, selon la sévère application des principes, aucun droit de reprise sur les biens apportés ou donnés. La confusion de ces biens avec ceux de son mari était un fait irrévocablement accompli. Sp. Carvilius Ruga, homme de noble race, ayant répudié sa femme vers l'an 520, ne fit aucune restitution. « Il est de tradition, dit Aulu-» Gelle, que, pendant près de cinq cents ans, il n'y eut » dans la Ville, ni dans le Latium, aucune caution, au-» cune action relative *aux biens* de la femme mariée. Le » besoin, sans doute, ne s'en était pas fait sentir, parce » que l'on ne voyait pas alors de mariage dissous par le » divorce. Aussi Servius Sulpicius, dans son Traité *de* » *dotibus*, a écrit que pour la première fois, après le di-» vorce de Carvilius Ruga, on a regardé comme néces-

» saire la caution des biens de la femme, *rei uxoriæ*[13]. » — Cicéron nous apprend, dans les Offices, que l'action *rei uxoriæ* était une action de bonne foi, portée devant les arbitres[14]. — Ainsi l'exercice du divorce introduisit, au commencement du VI<sup>e</sup> siècle, dans la confusion primitive des patrimoines de la femme et du mari, une distinction possible, un cas de restitution de la *res uxoria*, malgré la force de la *manus* et l'acquisition à titre universel.

Mais c'est à la pratique fréquente du mariage *per usum* (avec l'interruption annuelle de cohabitation), c'est au *mariage libre* que se rapporte le premier régime de la dot. Caton, en se plaignant de l'entraînement général des femmes romaines vers la liberté et de l'affaiblissement du pouvoir marital, dépose du changement opéré dans les mœurs. — Par son discours sur la loi Voconia, en 585, il constate en même temps, et l'usage de *la dot* apportée par la femme, et l'usage des biens *réservés* par elle ou *exceptés* de la dot. Il nous montre la femme recevant par testament des sommes considérables, et prêtant, à titre de *mutuum*, son argent au mari; puis, lorsque la femme, créancière et capable d'agir, était mécontente ou irritée contre le mari débiteur, elle le fatiguait de ses exigences; elle ordonnait à un esclave, *excepté des biens dotaux*, de poursuivre son mari, de le persécuter de ses réclamations[15].

13 Nullas *rei uxoriæ* neque actiones, neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse.... S. Sulpicius, tum primum cautiones rei uxoriæ necessarias esse visas, scripsit. (*Aulu-Gell*, IV. 3.)

14 Hæc verba excellunt in arbitrio rei uxoriæ, MELIUS ÆQUIUS. (*Off.*, III. 15.)

15 *Principio* nobis mulier MAGNAM DOTEM adtulit; tum magnam pe-

Vers la fin du VI^e siècle, deux résultats sont donc mis en évidence : 1° l'usage très-fréquent du mariage *per usum*, devenu le mariage libre; 2° l'usage correspondant de la dot, sous son nom propre, d'origine grecque, avec la distinction des biens *réservés* et *non dotaux*, qui prendront plus tard aussi leur nom grec de *paraphernaux*[16].

Tel est le point de départ du régime de la dot. — Voyons maintenant quels sont les premiers rapports qui naissent de ce régime nouveau.

Si la future était sous la puissance de son père, elle ne pouvait, dans cette seconde période de l'histoire du droit, pas plus que dans les temps antérieurs, constituer par elle-même aucune dot à son mari. Celui-ci recevait du père, et à titre de propriétaire, *causa dotis*, le don stipulé au moment des fiançailles : mais sa propriété était résoluble en cas de divorce; elle l'était aussi en cas de prédécès de la femme, lorsque le père avait stipulé la condition de retour. Plus tard, le retour de la dot, au

cuniam recipit quam in viri potestate non committit. Eam pecuniam viro dat MUTUAM. Postea ubi irata facta est SERVUM RECEPTITIUM sectari atque flagitare virum jubet. (*Aulu-Gell.*, XVII. 6.)

Les comédies de Plaute parlent de l'*esclave dotal* (*Dotalem servum*, act. I. sc. 1. v. 71), attaquent souvent le mariage *doté*, et prouvent que l'usage nouveau s'était rapidement propagé. Ainsi, dans l'*Asinaria* (act. V. sc. 3. v. 49) la hauteur de la femme dotée est peinte par ces vers :

*.... Venias modo domum, faxo ut scias*
*Quid pericli sit dotatæ uxori convicium dicere.*

16 Le point de vue tiré de l'influence des mœurs grecques et du mariage libre a été parfaitement traité, en premier lieu (*Revue de législation*) par M. D'hauthuille, dont la perte est si regrettable, et plus récemment par M. Ginoulhiac. (*Hist. du Rég. dotal*, p. 85 et suiv.)

cas de prédécès, exista de plein droit en faveur du père, qui reprenait la dot, appelée PROFECTICE[17].

Si la femme était *sui juris*, et avait une fortune personnelle, ses biens lui restaient propres. Seulement elle donnait, sous l'autorité de son tuteur, ou promettait solennellement une dot à son mari, DICEBAT DOTEM. Le mari qui avait reçu la dot, directement ou en vertu de l'action attachée à la DICTIO DOTIS, en devenait propriétaire. S'agissait-il d'un immeuble situé en Italie et compris dès lors parmi les *res mancipi?* Il en acquérait la propriété romaine par la mancipation, la cession *in jure*, faites *causa dotis*, ou par l'usucapion, s'il y avait eu simple tradition. — La dot fournie par la femme était qualifiée d'ADVENTICE; elle était acquise au mari, et n'était point résoluble par le prédécès de la femme; elle était sujette à résolution, seulement en cas de divorce, sauf des droits particuliers de retenue, et, spécialement, la retenue d'un sixième par chaque enfant né du mariage, de manière cependant à laisser intacte la moitié de la dot[18]. — La loi Julia (*de maritandis ordinibus*) condamna la femme qui avait, par sa faute, provoqué le divorce, à perdre sa dot en totalité.

Enfin, une dot pouvait être promise ou donnée par un tiers en faveur de la future, fille de famille, ou *sui juris;* et le donateur était libre de stipuler le retour à son profit, au cas du prédécès de la femme. La dot soumise

17 D. XXIII. 3. 6. de jure dotium : Jure succursum est patri, ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur dos ab ipso profecta : ne et filiæ amisssæ et pecuniæ damnum sentiret. (*Pomp.*)

18 Propter impensas; — propter mores; — propter liberos.

au retour conventionnel était appelée DOS RECEPTITIA[19].

Quant aux objets non compris dans la dot, il était d'usage général à Rome que le mari en signât l'état ou inventaire[20]. Ces objets et les biens qui advenaient à la femme, pendant le mariage, étaient en dehors du pouvoir et de l'administration du mari. La femme *sui juris* les gérait, et pouvait même les aliéner sans l'autorité de son tuteur, à moins qu'ils ne fissent partie des choses *mancipi*.

En résumé,

Dans le mariage primitif qui produisait la MANUS sous la Loi des XII Tables, le principe, à l'égard des biens, c'était la *confusion du patrimoine* de la femme avec celui du mari, sauf, à partir du VI^e siècle, le cas d'action ou de caution relative à la *res uxoria* pour cause de divorce. — Le mari était propriétaire à titre universel.

Dans le mariage libre, et sous l'influence des mœurs nouvelles, le principe était, au contraire, la *distinction des patrimoines* de la femme et du mari. Les biens donnés ou apportés par la femme l'étaient exclusivement, pour cause de dot et à titre singulier, lors même que la dot embrassait la totalité des biens existants[21]. Tous

19 Il y avait alors *promissio dotis*, *datio dotis*. — La DICTIO *dotis*, acte solennel, n'était applicable qu'à la femme, au père, à l'aïeul. (*Ulp. Frag.* VI. *de Dotibus.*)

20 D. XXIII. 3. 9. § 3. Plane, si rerum libellus marito detur, ut Romæ vulgo fieri videmus; nam mulieres res, quas solet in usu habere in domo mariti, neque in dotem dat, in libellum solet conferre, eumque libellum marito offerre, ut is subscribat, quasi res acceperit; et velut chirographum ejus uxor retinet res quæ libello continentur in domum ejus contulisse. (*Ulp.*)

21 *D*. XXIII. 3. 72. De jure dotium. (*Paul.*)

les biens non compris dans la dot étaient de plein droit *extra-dotaux* ou *paraphernaux*.

Sous l'empire des XII Tables, il y avait une dot possible, en ce sens seulement que des biens étaient apportés ou donnés au mari; mais il n'y avait pas, pour les biens venant de la femme, de régime particulier ou distinct de l'administration maritale. Une seule personne civile existait, le mari, investi de la puissance paternelle et unique propriétaire.

Sous l'influence du Droit prétorien ou du Droit non-écrit de la seconde période, il y avait dot expressément constituée, et, de plus, régime à part des biens personnels de la femme. Pendant le mariage, deux personnes civiles existaient à l'égard des biens : le mari, propriétaire de la dot, *dominus dotis*, sauf résolution de droit en certains cas; — la femme, propriétaire de ses biens extradotaux, et libre de les gérer.

Jusqu'alors, cependant, le droit du mari sur les biens de la dot n'est pas altéré; c'est le droit du vrai propriétaire. Pour la première fois, il sera limité par Auguste, dans la loi JULIA, DE FUNDO DOTALI [22]. Le mari sera toujours réputé maître de la dot, mais il ne pourra aliéner le fonds dotal situé en Italie, sans le consentement de la femme; il ne pourra l'hypothéquer, même avec le consentement de celle-ci, qui se déciderait plus facilement à une obligation sans dessaisissement qu'à une vente avec tradition, et que le législateur veut protéger contre sa

22 Elle est ainsi désignée; mais elle était comprise comme une disposition de la loi *Julia, de maritandis ordinibus*. (*Paul, Sentent.*)

faiblesse présumée. La prohibition de la loi JULIA est une limitation imposée au pouvoir du mari sur la chose donnée; c'est un élément nouveau qui s'introduit dans le droit civil. Avant la loi Julia, il y avait DOT, mobilière ou immobilière, transmise au mari en toute propriété; il y avait administration distincte des biens du mari, quelle qu'en fut l'origine, et des biens de la femme non dotaux ou réservés ; — après la loi Julia, il y aura DOTALITÉ des biens immobiliers apportés en dot par la femme pour soutenir les charges de la vie commune; alors, mais alors seulement, le RÉGIME DOTAL, appliqué d'abord aux fonds italiques et puis aux fonds provinciaux faisant partie de la dot, prendra vraiment naissance.

A partir de cette époque, la dot est considérée comme chose d'intérêt public. C'est une pensée politique qui entre dans le Droit civil et qui lui impose une modification. L'Italie était dépeuplée par suite des guerres civiles; à Rome, le mariage était déserté par les Chevaliers et par les simples citoyens[23]. Il fallait repeupler la République et favoriser les seconds mariages ; aussi les jurisconsultes, s'associant à l'esprit de la loi Julia, disaient expressément : « Il importe à la République que les femmes conservent leurs dots *pour qu'elles puissent se remarier*[24]. »

A mesure que le germe déposé par la loi Julia s'enracinera dans les mœurs, le Régime dotal rendra plus rigoureuses, 1° la conservation de la dot; 2° l'inaliénabi-

23 Dion a conservé le discours d'Auguste aux chevaliers contre le célibat. Liv. LVI, *in princip. Montesquieu*, *Esprit des lois*, XXIII. ch. 21.

24 Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. (*D.*, XXIII. 3. 2. (*Paul.*)

lité du fonds dotal, comme droit réel, opposable aux tiers. — Déjà Gaius disait que de son temps les Jurisconsultes doutaient si la loi Julia, *de fundo dotali,* ne devait pas être étendue des terres de l'Italie aux fonds dotaux situés dans les provinces.

L'intérêt de la femme et des enfants, et à défaut de ceux-ci, l'intérêt des parents de la femme se substituera, dans le cours des siècles, à l'intérêt politique de la loi Julia, à ses vues d'encouragement pour les secondes noces. La dot sera purement et simplement, du côté de la femme, un moyen de concourir aux charges du mariage[25], et le régime dotal sera, pour la famille, la garantie de son intérêt collectif. Le mari cessera d'être réputé le maître de la dot, selon l'ancienne tradition : la femme sera censée en être restée propriétaire, à moins que l'époux, par l'estimation des objets, ne soit réputé acquéreur, débiteur du prix des choses dotales, et soumis aux risques de leur perte[26]. La dot sera toujours considérée, sans doute, comme une institution d'ordre social; mais l'intérêt des enfants et de la famille constituera l'intérêt d'ordre public, et la maxime des juris-

25 Dotis fructum ad maritum pertinere debere æquitas suggerit. Cum enim ipse onera matrimonii subeat, æquum est etiam fructus percipere. (*D.*, XXIII. 3. 7. *Ulp.*)

Pro oneribus matrimonii mariti lucro fructus totius dotis esse....... manifestissimi juris est. (*Cod. Just.*, v. 12. 20. *Diocl.*, *an.* 293.)

26 Plerumque interest viri res non esse æstimatas, ne periculum rerum ad eum pertineat..... Si prædiis inæstimatis aliquid accessit hoc ad compendium mulieris pertinet Si aliquid decessit mulieris damnum est. (*D.*, XXIII. 3. 10. *Ulp.*)

Quotiens res æstimatæ in dotem dantur, maritus dominium consecutus, summæ *velut pretii* debitor efficitur. (*Cod. Just.*, v. 12. 5. *Alex.*, *an* 227.)

consultes de l'Empire sera conservée seulement dans sa première partie, en devenant un principe absolu : REIPUBLICÆ INTEREST MULIERES DOTES SALVAS HABERE[27]. Ainsi les institutions se développent, se fortifient en s'éloignant de leur origine et des motifs qui les avaient fait naître. — Ainsi les principes nouveaux qu'elles s'approprient leur communiquent un redoublement de vie, de durée, et une puissance inépuisable de transformations.

III. — La distinction du patrimoine des époux, qui se liait directement au mariage libre et à la dot, entraînait la possibilité des donations entre mari et femme.

Les donations *ante nuptias* étaient permises de la part du futur époux ou de la future : le plus souvent elles étaient faites par le futur, en récompense ou en vue de la dot, mais sans aucune condition d'égalité. La donation *ante nuptias* était une donation entre vifs, irrévocable [28].

Le danger des donations entre vifs, *pendant le mariage*, les fit exclure; la prohibition fut établie par le droit non-écrit. « Il est reçu chez nous, par la coutume, dit Ulpien, que les donations entre mari et femme ne sont pas valables : MORIBUS *apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent*[29]. » On voulait éviter que les

27 C'est la maxime qui a survécu dans les pays de droit écrit, et qui revit dans notre Code sur le *régime dotal*.

28. D. XXIII. 3. 7. § 1. 9. § 1. — D. XXIV. 1. 66. — Cod. V. 3. 1.

29 D. XXIV. 1 : Ne mutuato amore invicem spoliarentur. (*L.* I.) Ne concordia pretio conciliari videretur. (*L.* 3. *Ulp.*)

Quia sæpe futurum esset ut discuterentur matrimonia si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum ut venalia essent matrimonia. (*L.* 2. *Paul.*)

époux ne se dépouillassent l'un l'autre par entraînement d'affection mutuelle, ou que les mariages ne fussent troublés par des refus de donation; on voulait garantir l'époux le plus délicat contre les sollicitations intéressées de son conjoint, garantir le mariage lui-même de l'atteinte des divorces, inspirés par le ressentiment des âmes vénales; on voulait enfin, en cas de divorce, faciliter les seconds mariages par la conservation de la fortune de chaque époux.

Les donations entre vifs, même *mutuelles*, étaient prohibées par ces motifs, à moins qu'il n'y eût entre elles une *parfaite égalité* : dans ce cas, la donation prenait le caractère d'un échange[30]. Or, la donation entre vifs était prohibée, à raison des motifs d'ordre public qui viennent d'être rappelés; mais les autres contrats, tels que la vente, l'échange, le prêt, le mandat, n'étaient point interdits d'un époux à l'autre : la règle, à ce sujet, c'était la capacité.

La prohibition des avantages entre-vifs n'était établie, au surplus, qu'en vue du mariage et de la personne même des époux. Elle n'était point fondée sur l'intérêt des familles respectives, et sur la conservation des biens dans ces familles. Aussi les époux, en général, étaient libres de s'instituer héritiers et de se léguer par testament, ou de se donner par donation à cause de mort : entre mari et femme, les donations à cause de mort étaient permises

30 D. XXIV. 1. 7. § 2 : Placuit compensationem fieri donationum. Cette loi a eu de l'influence sur notre ancienne jurisprudence. Nos jurisconsultes appliquaient la loi 7 au *don mutuel*. La Glose de Godefroy renvoie au comment. de Pyrrhus sur la *Cout. d'Orléans*. (*Aurelian. consuetudines a Pyrrho enucleatæ. Disp. de donat. mut.*, édit. 1547, f° 170.)

parce que l'événement de la donation, dit Gaius, se produit dans un temps où il n'y a plus ni mari ni femme[31].

IV. — Les femmes non seulement pouvaient, selon l'ancien droit, être gratifiées de dons et legs, ou se voir instituer héritières par le testament de leur mari; elles pouvaient aussi recevoir de parents ou même d'étrangers des legs et des institutions testamentaires. Cette faculté illimitée d'accepter des libéralités engendra de graves désordres dans la cité et dans la famille. Ce fut pour y remédier et pour arrêter l'affaiblissement des mœurs antiques que M. P. Caton fit porter, par le tribun Voconius, et soutint avec énergie, en 585, la Loi Voconia, dont les prohibitions, dirigées contre les femmes, s'appliquèrent aux testaments des pères, des maris et de tous les citoyens étrangers à la parenté[32].

Bien des systèmes se sont produits à l'occasion de cette Loi célèbre; les circonstances dans lesquelles elle a été rendue peuvent concourir à en éclairer l'esprit politique et civil[33].

31 D. XXIV. 1. 9. § 2. 10 § 1 : Quo vir et uxor esse desinunt.

Sous l'Empire [211], les donations entre vifs restèrent prohibées à ce titre, mais elles furent assimilées à des donations à cause de mort, révocables par l'époux donateur, et subordonnées à la survie de l'époux donataire.

32 Quum ego quidem (Cato) V et LX annos natus legem Voconiam magna voce et bonis lateribus suasissem. Cic. de Senect., v.

33 On peut consulter Aymar Rivail, Historia Juris [1515]; le président Brisson, *de Verb. signif.*; Hottmann, Index legum; Perizonius, de lege Voconia [1679], qui a éclairci beaucoup de difficultés; Vinnius, Inst., II. 23, n° 5; Gravina, de Leg. et SNC., cap. 76; Heineccius, Ant. rom., annotées par Humbold et Mulhenbruk, II. 44. § 2; Montesquieu, XXVII, chap. unique; Savigny, Comm. sur la loi Voconia; M. Giraud, Mém. à l'Acad. des sciences. mor. [1841].

Depuis l'agrandissement de Rome par des conquêtes lointaines, le sénat avait acquis, dans l'administration de l'Etat, une immense autorité. Mais la noblesse patricienne, comme aristocratie, voyait tous les jours diminuer sa puissance; l'équilibre entre les deux Ordres qui avaient fait la force de la République, subissait une profonde altération. Les Chevaliers et même les Plébéiens assez riches pour payer le cens sénatorial, étaient introduits en grand nombre dans le sénat[34]. Le censeur Appius Claudius avait donné, au v<sup>e</sup> siècle, l'exemple de fils d'affranchis créés sénateurs[35]. Les plébéiens acquéraient des richesses et par l'effet des victoires de la République, et par leur union avec des femmes de race noble ou patricienne, qui apportaient de grands biens en dot, et qui recevaient, en outre, pendant le mariage, des legs et même des hérédités. La République était donc entraînée, en même temps, sur le penchant de la démocratie et vers la corruption des mœurs publiques et privées, conséquence presque nécessaire des richesses et du luxe. — Quelques grands personnages avaient fait effort, vers la fin du VI<sup>e</sup> siècle, contre ce double entraînement : le Censeur Simpronius Gracchus, par son action sur les Tribus [584]; les Censeurs Fulvius et Posthumius, par leur ac-

Ce Mémoire rappelle les productions de la science allemande sur la loi Voconia ; et l'un des érudits d'outre-Rhin a méconnu son vrai caractère, qui est d'offrir une analyse critique des travaux contemporains.

34 Le cens sénatorial était de 800 *sestertia* ou 800,000 *sestertii* (131,000 fr.) — L'ordre des chevaliers fut appelé vers cette époque le *séminaire du sénat : seminarium senatus*. (*Tite-Live*, XLII. 61.)

35 Ap. Claudii censura vires nacta, qui senatum primus libertinorum filiis lectis inquinaverat. (*Tit. Liv.*, IX. 46.)

Niebuhr, v. p. 407, place la censure d'Appius Claudius à l'an 436.

tion sur le Sénat qui put voir parmi les sénateurs dégradés l'indigne fils du grand Scipion [579]; le tribun C. Oppius, par la loi Oppia, contre le luxe des Matrones [540], loi qui fut abrogée vingt ans après sa date, malgré la véhémence de P. Caton, et aux applaudissements des femmes romaines; enfin le tribun C. Furius, par les premières tentatives de la loi Furia, pour réprimer la valeur excessive des legs [571]. — Caton le Censeur, quoiqu'il ne fût pas de race patricienne, et qu'il eût trouvé même les patriciens opposés à sa Censure, l'austère Caton s'associa fortement à l'esprit de résistance, et embrassa dans ses vues l'ordre politique et civil.

Par la loi Voconia, dont la pensée lui appartient, il éleva une barrière contre les déplacements des grandes fortunes. Il entreprit de raffermir l'aristocratie patricienne, en faisant une Loi prohibitive, toute favorable aux citoyens de la première classe, et en empêchant les plus opulentes successions de passer, par les femmes, dans des familles étrangères. Le principe de la loi Voconia, dans l'ordre politique, était la conservation des biens dans les familles les plus riches et les plus illustres[36]. — Dans l'ordre civil, Caton eut pour objet de fortifier le gouvernement domestique : il voulait relever la puissance maritale, atteinte dans sa force et sa dignité par les institutions testamentaires et la grandeur des legs qui se multipliaient en faveur des femmes; il voulait

36. Tit. Liv., XLI. 34. Hactenus feminas non minus quam viros ad hereditates admitti jus fuerat. Inde fiebat ut *illustrissimarum* sæpe familiarum bona *in alienas domos* transfunderentur, magno cum reipublicæ damno, cujus interest clarorum nominum heredibus suppetere opes. ..

réfréner le luxe des matrones, l'esprit d'orgueil et de domination qu'elles puisaient dans le sentiment de leurs richesses, et prévenir la dépendance humiliante dans laquelle, impérieuses créancières, elles maintenaient leurs maris débiteurs, toujours menacés des poursuites d'un esclave, ou des volontés d'une épouse irritée[37].

Conserver les forces respectives et l'équilibre des Ordres de l'Etat; — maintenir ou fortifier les mœurs de la famille : tel fut donc l'esprit général de la loi Voconia.

Pour retrouver l'ensemble de ses dispositions, on ne peut aujourd'hui que rassembler et comparer différents passages de Cicéron, de Tite-Live, de Gaius, d'Aulu-Gelle, de Quintilien, de Pline, de Saint-Augustin. Une première remarque est essentielle : le but principal des dispositions de la loi était relatif aux hérédités et aux legs qui concernaient les femmes. Mais ce n'était pas son seul objet; elle en avait un autre d'une importance secondaire, et cependant d'une application plus générale : c'était de réduire les legs, sans distinction du sexe des légataires, à une portion égale à celle de l'héritier, et d'ajouter ainsi, en faveur des héritiers institués, une garantie vainement cherchée par la loi Furia, antérieure de quelques années[38]. Nous n'avons pas à nous occuper ici de cette seconde partie de la loi Voconia; nous voulons seulement nous attacher au but principal de la loi,

37 Pecuniam viro dat mutuam : postea *ubi irata facta est* servum receptitium sectari atque *flagitare virum jubet.* (*Aulu-Gell.*, XVII. 6.)

38 Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. (*Gaius*, II. § 226.)

aux résultats qui concernent les femmes romaines, et à ceux de ces résultats qui paraissent les mieux soutenus par la combinaison des textes anciens ou nouveaux.

La loi Voconia, dans ses rapports avec le sujet qui nous occupe, avait deux dispositions fondamentales :

L'une prohibait l'INSTITUTION D'HÉRITIER en faveur d'une femme romaine, mariée ou non mariée;

L'autre limitait à une certaine portion la faculté de disposer en faveur des femmes, A TITRE DE LEGS.

Quant aux successions AB INTESTAT, la loi Voconia y était restée complètement étrangère.

Nous devons considérer rapidement ces divers points de vue.

1° La prohibition relative à l'institution d'héritier n'était pas absolue; elle concernait seulement les citoyens, hommes ou femmes, qui étaient inscrits au Cens, DANS LA PREMIÈRE CLASSE, établie d'après l'ancienne distribution de Servius Tullius; c'est-à-dire dans la classe de ceux qui possédaient un patrimoine de cent mille as et au dessus[39]. — Ceux-là ne pouvaient pas instituer une fem-

39 Annius Asellus.... quum haberet unicam filiam, neque CENSUS ESSET, quod eum natura hortabatur, lex nulla prohibebat, fecit ut filiam bonis suis heredem institueret. (*Cic., in Verrem.*, I. 41.)

Voconius.... sanxit in posterum qui post eos censores CENSUS ESSET, NE QUIS HEREDEM VIRGINEM NEVE MULIEREM faceret. (*Id.* 42.)

Item mulier, quæ AB EO QUI CENTUM MILLIA ÆRIS CENSUS EST, per legem Voconiam heres institui non potest... (*Gaius*, II. § 274.)

Les *centum millia æris* se rapportent aux cent mille *as* de Servius Tullius; car Varron dit formellement que ÆS était pris pour l'ancien mot AS. (*De Ling. lat.*, v° ÆS.) Aulu-Gelle, VII. 13, dit aussi *centum millia æris*. Le mémoire de M. Giraud réfute victorieusement les arguments contraires (p. 27.) Long-temps avant la découverte du ma-

me comme héritière, même leur fille ou leur épouse, même LEUR FILLE UNIQUE[40] : sur ce dernier point on possède le témoignage de Tite-Live et celui de Saint-Augustin qui dit, dans la Cité de Dieu, NEC UNICAM FILIAM; ce qui exclut les conjectures contraires de Savigny.

Les citoyens inscrits au Cens, dans une classe inférieure à la première, ou ceux qui n'auraient atteint la fortune des cent mille as que dans l'intervalle des cinq ans, d'un recensement à un autre, pouvaient librement conférer à une femme romaine, mariée ou non mariée, l'institution d'héritier ; l'incapacité ne les frappait nullement ou ne les frappait point encore[41].

nuscrit de Gaius, ce point avait été comme deviné par notre plus ancien historien de droit, *Aymar Rivail :* Ne quis census, hoc est pecuniosus, heredem nec unicam filiam, relinqueret. Erat autem census ille qui *centum millia*.... detulisset. (Il se trompait seulement sur la valeur de l'*as*, auquel il substitue *centum millia sestertium.*)

40 NULLI *neque virgini*, *neque mulieri*.... (CIC., *in Verr.*, I. 42.)

« Ne quis, qui census esset, heredem *virginem*, neve *mulierem* faceret. » (*Tit. Liv.*, XLI. 34.)

Lata est etiam illa lex Voconia ne *quis* heredem feminam faceret, nec UNICAM FILIAM. (S. AUGUST., *de Civit. dei.*, III. 21.)

41 CLASSICI dicebantur non omnes qui in classibus erant, sed *primæ* tantum *classis* homines..... Infra classem autem appellantur secundæ classis, cæterarumque omnium classium, qui minore summa æris censebantur. Hoc eo strictim notavi quoniam in M. Catonis oratione, qua Voconiam legem suasit, quæri solet quid sit *classicus*, quid infra classem. (*Aulu-Gell.*, VII. 13.)

Voconia lex te videlicet delectabat? — Imitatus esses ipsum Voconium qui lege sua hereditatem ademit nulli neque virgini, neque mulieri. Sanxit in posterum qui *post eos censores census esset*...... — Post te prætorem multi testamento eodem modo fecerunt : in his nuper Annia. Ea, de multorum propinquorum sententia, pecuniosa mulier, quod *censa non erat*, testamento fecit heredem filiam. (CIC., *in Verr.*, I. 42. 43.)

2° A l'égard des simples legs, c'était aux citoyens, inscrits dans la première Classe, que s'adressait aussi la Loi Voconia[42] : elle leur défendait de léguer à une femme au-delà de la portion légalement déterminée. Cette portion paraissait être, règle générale, du QUART de leurs biens. On peut opposer les expressions de Tite-Live qui fixe en sesterces la valeur disponible. Mais au VI^e siècle, le Sesterce, dans son rapport avec le denier d'argent, unité monétaire, représentait le *Quadrans* dans son rapport avec l'ancien As d'airain, unité monétaire de Servius Tullius; c'était la même quotité, le quart, exprimée différemment; et le legs permis était vraisemblablement un legs partiaire, *ex quadrante*[43]. Dion Cassius, en marquant l'usage pratiqué du temps d'Auguste, nous

42 Quid, si *plus legarit* quam ad heredem, heredesve perveniat, quod per legem Voconiam EI QUI CENSUS SIT non licet? (CIC., *in Verr.*, I. 43.) Tite-Live n'offre pas un texte aussi précis.

43 Tit. Liv., XLI. 34 : Ne liceat.... percipere ultra centum millia sestertium. On sait que le livre XLI de Tite-Live n'a pas été parfaitement conservé; mais on peut expliquer le texte de Tite-Live par le passage de Pline sur la transformation des monnaies à Rome (liv. XXXIII. cap. 3.) L'as originaire, valeur de poids et valeur intrinsèque, équivalait à une livre de douze onces d'airain. Pendant la première guerre punique, l'as est diminué de dix onces quant au poids, et conserve sa valeur première, comme signe représentatif. L'*æs* (pesant deux onces) est frappé comme unité monétaire, et avec lui des monnaies représentant le *tiers* et le *quart* de l'as, et appelées l'une *triens*, l'autre *quadrans*. Pendant la deuxième guerre punique, l'as fut réduit au poids d'une once. — Mais le denier d'argent, unité nouvelle, représenta seize as ou seize onces, et le sesterce représenta quatre as ou quatre onces. Ainsi le sesterce, dans son rapport avec le denier, représenta le *quadrans*, dans son rapport avec l'as d'airain; c'était toujours le quart par rapport à l'unité monétaire, et le signe du quart considéré comme quotité (*quadrans*).

apprend que pour laisser un TIERS de ses biens à Livie (*ex triente*), Auguste fut obligé de demander au sénat l'autorisation de léguer au-delà de la portion permise par la Loi[44] : donc la portion ordinaire et légale était inférieure aux tiers.

Mais il y avait, à l'égard des legs, une exception en faveur de la FILLE UNIQUE du testateur. Cicéron a toujours expressément distingué la fille unique à l'égard des autres femmes. Dans le Traité de la République, où il représente la loi Voconia comme s'appliquant tout à la fois aux legs et aux hérédités concernant les femmes, il se demande pourquoi, s'il s'agissait d'imposer une mesure à la fortune des femmes, la fille de Crassus pourrait avoir *millies æris*, 100 millions de sesterces (ou 21 millions de francs), SI ELLE ÉTAIT FILLE UNIQUE, tandis que sa fille à lui, qui avait alors un fils, n'en pouvait avoir que *tricies*, 3 millions de sesterces (ou 630,000 francs).—Cette différence entre la situation des deux filles de Crassus et de Cicéron ne peut être expliquée par la différence entre l'hérédité *ab intestat* et l'hérédité *testamentaire;* car Cicéron aurait pu, comme Crassus, ne pas faire de testament; mais elle s'explique, tout naturellement, et par la différence de fortune entre Crassus et Cicéron disposant l'un et l'autre en faveur de leur fille, et par la différence de qualité entre les deux filles : celle de Crassus était supposée *fille unique*, tandis que la fille de Cicéron, à l'époque où il écrivait son Traité, en 701, avait *un frère*. La portion disponible en faveur de la fille unique

44 *Ex triente Livia*..... a senatu petierat ut tantum etiam præter legum præscripta legare ei posset.... (*Dion.*, LVI. — *Xyland. interp.*)

était probablement de la MOITIÉ des biens. Crassus pouvait donner à sa fille unique *millies æris*, disait Cicéron; or, il était de notoriété publique, à Rome, que Crassus avait une fortune territoriale évaluée à *bis millies* : le fait est attesté par Pline l'ancien [45]. C'était donc à la moitié de la fortune de Crassus que Cicéron faisait allusion, en parlant de son droit de disposer, s'il avait une fille unique. — Le titre et le texte d'une déclamation de Quintilien, sur la fraude à la loi Voconia, ne permettant de donner à une femme que la moitié des biens, *ne liceat mulieri, nisi dimidiam partem bonorum dare*, ne peuvent se rapporter qu'à ce cas particulier d'une fille unique. Le témoignage de Dion, sur les autres cas, détermine à moins du tiers la quotité disponible [46].

Quoi qu'il en soit, sur l'exacte quotité, la différence

45 Cic., de Rep., III. 7 : Cur autem si pecuniæ modus statuendus fuit feminis, Crassi filia posset habere, *si unica* patri esset, *æres millies* salva lege; mea *tricies* non posset? — Plin., Hist. nat., XXXIII. 10 : M. Crassus negabat locupletem esse, nisi qui redditu annuo legionem tueri posset. — IN AGRIS SUIS SESTERTIUM MM. POSSEDIT, Quiritium post Syllam diditissimus. (*Elzévyr*, 1635.)

46 Quintil., Déclam., nº 264 (*in fine*) : Satis hoc quæsitum ne UNI plus quam dimidia pars patrimonii relinqueretur. — La quotité ordinaire du quart est conforme à l'opinion d'Hottmann, de Cujas, de Vinnius (II. c. 23), de Gronovius, de Gravina (c. 76.) — Nous n'avons pas trouvé de motif suffisant pour la rejeter. M. Giraud a supposé que la portion ordinaire était de la *moitié*. Il nous semble que l'erreur vient de ce que M. Giraud n'a pas fait une distinction qui naît des textes, entre la fille *unique* et les autres femmes.

D'après la proportion de la *demie* et du *quart*, indiquée dans notre texte, il résulterait que Crassus avait une fortune territoriale évaluée à 200 millions de sesterces, ou 42 millions de francs, et que Cicéron avait une fortune de la valeur de 12 millions de sesterces, ou 2 millions 520,000 francs.

entre les libéralités autorisées n'allait pas certainement jusqu'à permettre de donner à la fille unique la *totalité* des biens : on ne l'aurait pu que par l'institution d'héritier; et saint Augustin, dans la Cité de Dieu, a dit positivement que la loi Voconia ne permettait point d'instituer une femme pour héritière, pas même une fille unique.

3° Le passage de Cicéron, que nous avons interprété plus haut, sur la position de la fille unique de Crassus, et le témoignage de Saint-Augustin, qui confirme celui de Tite-Live, repoussent la doctrine professée par Savigny, savoir, que la loi Voconia autorisait l'institution d'héritier en faveur de la femme romaine, lorsque l'instituée aurait pu recueillir l'hérédité *ab intestat* [47]. La loi Voconia prohibait formellement l'institution d'héritier en faveur de la femme, de la part des citoyens de la première classe, sans aucune distinction : « NE QUIS (CENSUS) HEREDEM VIRGINEM NEVE MULIEREM FACIAT. [48] » Mais elle restait complètement étrangère aux successions ab intestat. Quelques déplacements de fortune étaient sans doute possibles en ce cas, par l'effet des mariages; mais en statuant sur les hérédités testamentaires des citoyens de la première Classe, la loi protégeait la plupart des riches patrimoines contre l'influence des femmes; car les citoyens, et surtout les citoyens notables, répu-

47 Savigny, Comm. über die lex Voconia; vorgelesen in der Berlin. Akad. (1820.) — Mühlembruch, in Heinecc., Antiq. Rom., p. 432.

48 CIC., in Verr., 1. 42. Tite-Live répète les mêmes expressions de la loi : *Virginem neve mulierem;* GAIUS dit sans distinction aucune : MULIER ab eo qui census est..... per legem Voconiam INSTITUI NON POTEST. (II. § 274.)

gnaient à mourir *ab intestat*. Tous, au contraire, étaient jaloux d'exercer leur puissance de tester. — En portant ses prohibitions sur les hérédités testamentaires, la loi statuait donc pour les cas les plus ordinaires. L'hérédité légitime ou ab intestat n'était que l'exception dans les mœurs de Rome et des patriciens.

La loi Voconia, qui restreignait la fortune des femmes, en gênant la liberté testamentaire des hommes, rencontra de vives oppositions dans les esprits, et contribua à l'introduction de l'usage des fidéicommis. Cicéron lui-même la critique ouvertement dans le Traité de la République. Il dit qu'elle avait été portée pour l'utilité des hommes, et qu'elle était pleine d'injustice contre les femmes.—« Pourquoi donc, *ajoute-t-il*, la femme n'aurait-elle pas une grande fortune? — Pourquoi la mère d'une Vestale ne pourrait-elle pas avoir sa fille pour héritière, lorsque la Vestale peut, par testament, se donner un héritier? » L'objection était faite par le jurisconsulte philosophe de Rome; mais le philosophe était le père qui, plus tard, éleva un temple à la mémoire de sa chère Tullie. L'objection, tirée d'un cas singulier, prouvait peu, du reste, contre l'esprit général de la loi de Caton. Et cependant Auguste en fut frappé; car Dion Cassius nous apprend qu'il affranchit de la loi Voconia les femmes qui se vouaient à une virginité perpétuelle[49].

Pour vaincre la résistance que la loi trouvait dans les mœurs, il paraît qu'en certaines circonstances, peut-

49 Ea quoque Lege quasdam solvit, quæ perpetuam virginem servarent. (*Dio Cass.*, lib. LVI. *Xyland. interp.*)

être au moment de l'inscription au Cens, on faisait jurer aux citoyens l'observation de la loi [50]. Mais ils éludaient la loi et le serment par les fidéicommis; et du temps de Cicéron, où les fidéicommis n'avaient pas encore la force obligatoire, l'estime s'attachait au nom du citoyen qui avait accompli le vœu du défunt, et le blâme frappait celui qui préférait ses intérêts et l'observation de la loi Voconia au respect des intentions du testateur.

La Loi prohibitive avait sa sanction dans des dispositions pénales, qui faisaient une part au Trésor public [51], et dans le principe général du droit, qui défendait aux citoyens de *faire fraude à la loi*, selon l'expression du jurisconsulte Julien [52]. — Toutefois, la défense de faire fraude à la loi n'empêcha pas, à une époque où les fidéicommis furent reconnus obligatoires, l'effet des fidéicommis expressément portés dans les testaments en faveur des femmes. Gaius atteste que, de son temps, la femme pouvait recueillir ainsi, par fidéicommis, l'hérédité qu'elle n'aurait pu recevoir directement, en raison de la loi Voconia [53]. Le *fidéicommis tacite* était seul

50 Addebat (Sextilius Rufus) se in legem Voconiam *juratum*, contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur. (Cic., *de Finibus*, II. 17.)

51 « Locupletabant et fiscum et ærarium non tam *Voconiæ* et *Juliæ leges*, quam majestatis singulare et unicum crimen eorum qui crimine vacarent. » (*Plin. Jun., Panegyr. Trajani.*)

Les mots *penitus sustulisti*, qui sont dans le passage qui suit immédiatement, ne s'appliquent qu'à l'accusation du crime de lèze-majesté, et non aux lois *Julia* et *Voconia*.

52 D. XLIX. 14. 3. Fraus legi fieri videtur.

53 Gaius, II. § 274 : Tamen fideicommisso relictam sibi hæreditatem capere potest.

puni; et les Lois romaines, sur les droits du Fisc, portaient que celui-là n'était pas censé avoir fait fraude à la loi, qui avait été ouvertement prié de restituer l'hérédité[54] : tant il est difficile qu'une loi contraire aux mœurs d'une société puisse exercer un véritable empire!

§ 2. — CHANGEMENTS PAR RAPPORT AU PÈRE, AUX ENFANTS, A L'ENSEMBLE DE LA FAMILLE.

Nous avons marqué, relativement aux époux, et il faut suivre, relativement au père, aux enfants, et à l'ensemble de la famille, les changements qui se font dans la constitution *personnelle* et *réelle* de la Famille romaine.

Le Droit prétorien et le Droit non-écrit ne modifièrent point la puissance paternelle, en ce qui concerne les rapports des personnes. Le pouvoir du père avait conservé, au temps de Cicéron, tout son caractère de sévérité[55]. Salluste cite l'exemple de Fulvius, fils d'un sénateur, que son père fit mettre à mort, parce qu'il avait trempé dans la conjuration de Catilina; et Valère Maxime, entr'autres exemples, cite celui d'Atilius Philiscus, homme de mauvaises mœurs, qui tua impunément sa fille, coupable d'impudicité[56].

54 Non intelligitur *fraudem legi fecisse* qui rogatus est *palam* restituere.... (*D*. XLIX. 14. 3.) Ceci explique le passage du Panégyrique.

55 Cic., de Invent., II. 17, rapporte l'exemple du tribun Caius Flaminius, que son père arracha de la tribune aux harangues [an 521], sans que le peuple réclamât; mais la puissance paternelle ordinaire ne touchait pas aux choses de droit public.

56. Sallust. Catil., XXXIX. Val. Max., VI. 1. § 7. Filiam suam, eo quod stupri se crimine coinquinaverat, interemit.

Mais les Lois spéciales, le Droit non-écrit, le Droit prétorien, apportèrent de grandes modifications au pouvoir du chef de famille de disposer de ses biens de la manière la plus absolue, soit par donation entre vifs, soit par testament.

I. — Les donations entre vifs, sous le Droit des XII Tables, étaient assujetties aux formes générales de l'aliénation des choses *mancipi vel non;* mais elles ne subissaient aucune limite de quotité. La loi Cincia, plébiscite du VI^e siècle, posa une borne à la valeur des donations. Selon les conjectures de Savigny, adoptées par G. Hugo, la même restriction avait été apportée par la loi Cincia aux donations [550], et par la loi Cornélia [673] aux cautionnements [57] : or, celle-ci défendait de cautionner pour une valeur supérieure à vingt mille sesterces (environ 4,000 fr. de notre monnaie). — Cette opinion nous paraît très-difficile à admettre à cause du long intervalle qui sépare ces deux lois; et la limitation de somme, mille as, fixée dans le même siècle, vingt ans plus tard seu-

57 MM. Savigny, Warkœnig, Mulhembruch, Marezoll, ont résumé les résultats de leurs travaux sur la *loi Cincia*: le premier, dans un commentaire qui a servi de guide (inséré au recueil intitulé *Zeitschrist*, t. IV); — le deuxième, Institut. Juris romani, § 951 [1834]; — le troisième, Doctrina Pandect. (III. 10. §§ 417. 422), et Annotations sur les Antiq. d'Heineccius (II. 7. § 13 [1841], p. 396); — le quatrième, Droit privé des Romains, 2^e partie, liv. III. § 127, traduction du savant professeur de Pandectes, M. Pellat.

G. Hugo, I. § 280, renvoie à Savigny pour la fixation de quotité.

Les fragments du Vatican contiennent un titre *de donationibus ad legem Cinciam*. — Ils furent découverts en 1821 par M. Maï, publiés en 1823, sur un manuscrit du V^e siècle. — Ils se trouvent dans le *Jus antejustinianeum* de M. Blondeau (p. 374.)

lement, par la loi Furia sur la valeur des legs, nous semble bien plus applicable à la loi Cincia : ce qui est certain, c'est que les donations entre vifs ne pouvaient dépasser une valeur déterminée.

La Loi Cincia était une garantie en faveur de la famille contre les libéralités inconsidérées du citoyen. La restriction n'existait pas pour les donations au profit de certaines personnes formant une classe exceptionnelle (*exceptæ personæ*). Paul, *ad legem Cinciam*, a désigné cette classe qui comprenait les parents jusqu'au sixième degré et ceux qui se trouvaient sous leur puissance, les alliés au premier degré, les fiancés, le tuteur disposant en faveur de son pupille, l'affranchi en faveur du patron ou de ses enfants[58]. Le nombre et la qualité des personnes exceptées prouvent que le plébiscite ne voulait nullement entraver, entre parents, entre futurs époux, les sentiments de libéralité; mais que la loi Cincia, favorable à la famille, élevait sa barrière ou ses restrictions contre les personnes étrangères au donateur.

Cette loi avait une sanction imparfaite, en ce sens que la donation excessive n'était pas nulle de plein droit[59]; mais si le donateur avait payé ou livré contre le vœu du Plébiscite, il avait le droit de répétition pendant toute sa vie; et non seulement le donateur lui-même, mais tout citoyen pouvait agir, car l'*exception* de la loi Cincia était

58 Frag. Vat., §§ 266. 298. 299. 300. 301. 302.

59 Ulp., Frag., § 1. de Legibus, dit : Imperfecta lex.... *Veluti Cincia quæ supra certum modum donari*.... prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et SI PLUS DONATUM SIT, NON RESCINDIT. (Les mots en italique sont pris de la restitution de texte faite par Cujas et généralement adoptée).

d'intérêt public et réputée populaire : *Etiam quivis,* dit Ulpien, *quasi popularis sit exceptio*[60]. Si l'exception n'avait pas été exercée pendant la vie du donateur, elle était périmée, et la donation assimilée à une disposition à cause de mort[61].

Au surplus, la loi Cincia ne regardait d'aucune manière les donations faites par le chef de famille aux enfants placés sous sa puissance : celles-ci ne constituaient que des donations provisionnelles en avancement d'*hoirie*, comme on dirait aujourd'hui, une sorte de pécule profectice, toujours rapportable, sauf les fruits, à l'hérédité du père. Servius Sulpicius, dit Papinien, ne voulait pas que ce fût même un titre à l'usucapion, si le frère avait laissé son frère en possession de l'objet donné, non compris, *par erreur de droit*, dans le partage de l'hérédité[62].

II. — Dans le même siècle où la loi Cincia limitait les donations entre vifs, un autre plébiscite, la Loi FURIA TESTAMENTARIA, vers 571, interdisait aux citoyens la faculté de faire des legs ou donations, à cause de mort, de plus de *mille as*[63], sauf exception en faveur des pa-

60 Frag. Vat., §§ 266. 294. Semper exceptione Cinciæ uti potuit non solum ipse.... Verum etiam quivis....

61 Frag. Vat., §§ 294. 312. — La persévérance de volonté, disait Papinien, périmait l'exception.

62 Frag. Vat., § ult. 296. Si possessionem errore juris reliquit.

63 Suivant le tableau de conversion des monnaies, donné par M. Dureau de la Malle, dans son savant traité de l'*Economie politique des Romains*, l'as, X^e et puis XVI^e partie du *denarius* d'argent, aurait valu 7 centimes [après l'an 513], et mille as environ 150 fr. Ce résultat ne nous semble pas applicable à la loi *Furia*. Il n'est pas probable qu'on ait voulu réduire les legs à une si modique valeur; et nous pensons que,

rents jusqu'au sixième degré[64]; mais le testateur pouvait épuiser ses biens en legs de cette valeur, et ne laisser à ses enfants ou autres héritiers institués, qu'une qualité presque illusoire. — Une disposition particulière de la loi Voconia, peu de temps après [585], eut pour objet de suppléer à l'insuffisance de la loi Furia : elle réduisit l'étendue des legs à une portion égale à celle de l'héritier ou des héritiers institués. Cette restriction de la faculté de léguer, cette subordination de la quotité des legs à la part de l'institué, était un moyen d'arrêter la trop grande division des héritages, et de conserver une partie des biens dans les familles; mais les Romains, jaloux de leur liberté testamentaire, et fidèles au principe de la Loi des XII Tables, UTI LEGASSIT SUÆ REI ITA JUS ESTO, se jouaient de l'obstacle apporté par la loi Voconia; ils épuisaient leur patrimoine en une multitude de legs modiques, et ne laissaient ainsi à l'héritier institué qu'une minime portion de leur héritage, sans violer la lettre de la loi, SALVA LEGE.

dans les lois qui étaient rendues sous l'empire du *droit des XII Tables*, on indiquait la monnaie et les valeurs conformément à celles exprimées par la loi fondamentale. Ainsi, la loi Furia disait *mille assibus*, comme la loi des XII Tables (tab. VIII. 4. 11), disait : Si injuriam faxit alteri *XXV æris* pænæ sunto. Et, par conséquent, *as* ou *æs* était toujours la livre d'airain dans le langage légal, valeur de poids et valeur intrinsèque. Au VI[e] siècle, où l'on avait adopté l'unité monétaire du denier d'argent, valant 16 as ou 16 onces de cuivre, les *mille as*, valeur de S. Tullius, auraient répondu à seize mille as, valeur au VI[e] siècle; un peu moins de mille francs de notre monnaie.

64 Gaius, II. § 225, IV. § 23. Ulp. Frag. XXVIII. 7. Frag. Vat., § 301. Cette exception, en faveur des parents, analogue à celle de la loi Cincia, doit faire penser comme on l'a vu ci-dessus, que la même limite de quotité existait pour les donations entre vifs et les legs.

La Loi, faite pour empêcher la division des fortunes, produisait un effet contraire, l'extrême division. Un magistrat du peuple, Philippe, proclamait à la tribune, en 661, qu'il n'y avait pas à Rome *deux mille citoyens* qui eussent une fortune vraiment indépendante. Cicéron blâme l'imprudent Tribun, qui visait à la popularité par son discours; mais il ne dément pas le fait ou l'assertion [65]. La liberté indéfinie de tester devait nécessairement produire l'extrême division des patrimoines.

Enfin, plus d'un siècle après les tentatives infructueuses des lois Furia et Voconia, fut porté, en 714, par le tribun Falcidius, le Plébiscite qui établit sur les legs testamentaires la retenue du quart : c'est la création célèbre de la QUARTE-FALCIDIE, en faveur des héritiers institués, et dont l'influence s'étendit, par la suite, sur toutes les dispositions à cause de mort.

Le quart des biens était donc affecté à l'hérédité testamentaire; et ainsi, lorsque le père de famille instituait héritiers ses enfants ou quelques-uns d'eux, une part était réservée aux institués : la QUARTE-FALCIDIE devenait une sorte de Légitime ou de Réserve en leur faveur.

III. — Mais le père était libre, d'après la Loi des XII Tables, de passer sous silence, dans son testament, l'un ou plusieurs de ses enfants, et son silence valait exhérédation. Une modification nécessaire fut introduite sur ce point, vers le temps de Cicéron, par le droit non-écrit,

65 Cic., de Off., II. 21 : « Non esse in civitate duo millia hominum *qui rem haberent*....... Quum in agendo multa populariter, tum illud male. »

contre l'exercice de la puissance paternelle[66]. — La Jurisprudence exigea, pour la validité du testament, que l'exhérédation fût expresse. A l'égard des fils de famille, naturels ou adoptifs, elle devait être spéciale et nominative; à l'égard des filles, des petits-fils, elle pouvait être collective (*inter cæteros*). Il fallait le témoignage formel que le testateur avait pensé à ses enfants, et prononcé avec réflexion sa sentence sur leur mérite ou démérite. La *prétérition* d'un héritier sien, même posthume, ou né depuis l'institution, entraînait la rupture du testament[67]. — Toutefois, l'exhérédation expresse, comme auparavant l'exhérédation tacite, était, selon l'esprit des XII Tables, un acte inviolable de la puissance paternelle; le testament qui la contenait restait la suprême Loi; les enfants exhérédés devaient respectueusement la subir. Bientôt apparut en leur faveur une garantie plus efficace, une institution nouvelle, la PLAINTE D'INOFFICIOSITÉ[68].

IV. — L'exhérédation expresse cessa d'être une exclusion souveraine, une sentence irréfragable. Le fils déshérité put se plaindre de ce que le père ou l'aïeul,

66 Cic., de Orat., I. 38. Quæsitum est de jure civili, posset ne exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem, neque exheredem scripsisset nominatim.

67 Il y avait alors rupture par l'agnation d'un *héritier sien*. La loi Julia Velleia donna la même force à la *quasi-agnation* des enfants d'un fils institué, mort avant le testateur (*Inst.*, II. 13. 3.)

68 Querela inofficiosi testamenti, vel inofficiositatis.

Cic., in Verr., I. 42 : Testamentum Annius fecerat non improbum, non *inofficiosum*.... — Le jurisconsulte Marcellus (antérieur à Gaius) disait : Inofficiosum testamentum dicere, hoc est allegare quare *exheredari* (vel præteriri) non debuerit. (*D.*, V. 2. 2.)

dans l'exercice absolu de son pouvoir de tester, n'avait pas rempli, à son égard, le devoir de la piété paternelle, OFFICIUM PATERNÆ PIETATIS. La plainte d'inofficiosité est une institution d'origine prétorienne, qui permet au fils de lutter contre le testament du chef de famille. On ne peut marquer avec une rigoureuse exactitude la date de cette innovation dans le droit; mais, du temps de Cicéron, on connaissait le testament inofficieux. Une barrière était posée devant l'absolue volonté du père. L'inofficiosité protégeait le droit de la famille contre la souveraineté du citoyen.—La légitime ou la réserve en faveur des enfants n'était pas écrite dans une loi; mais le droit de plainte contre le testament inofficieux prévenait, dans le père de famille, les écarts d'une volonté arbitraire, ou réprimait son exercice abusif, en faisant briser l'exhérédation et le testament lui-même. Ce n'est pas la Loi, égale pour tous et inflexible dans son uniformité, qui se place alors au sein du foyer domestique, pour faire, au nom de la société, la part nécessaire du fils dans l'hérédité du père. Un tribunal, à Rome, prononcera entre le fils et le testament paternel; il jugera la conduite du fils et la sentence du chef de famille; il rendra ses droits au fils *qui n'avait pas démérité*[69]. C'est un acte de souverain Pouvoir, qui sera ainsi exercé sur le testament, sur la Loi particulière que tout citoyen peut dicter à sa famillle. Il faut donc un Tribunal qui représente vraiment la souveraineté du Peuple Romain, pour anéantir l'acte émané de la souveraineté individuelle du

69 Nec enim minus is qui *de inofficioso* cogniturus est, *merita* nepotis, quam patris ejus *delicta* perpendit. (*D.*, XXVII. 4. 3. § 5. *Ulp.*)

testateur ; et c'est le tribunal des Centumvirs, nommé par l'élection des Tribus, qui est juge de la plainte d'inofficiosité : *Querela inofficiosi testamenti judicium est Centumvirale*[70].

Le motif sur lequel sont fondées la plainte et l'entière rescision du testament, pour cause d'inofficiosité, n'est pas, comme on l'a dit souvent, l'injurieuse fiction de la démence ou de la fureur du testateur[71]. Mais les Centumvirs, représentant les Tribus de la Cité, apprécient la conduite du fils déshérité, et s'ils jugent qu'il n'a pas mérité l'exhérédation, ils prononcent que le père a manqué de sagesse, et testé contre le devoir de la piété paternelle. La formule de l'inofficiosité est bien digne d'être recueillie : PARUM SANÆ MENTIS FUISSE TESTATOREM CUM TESTAMENTUM ORDINARET, QUOD IMMERENTEM CONTRA OFFICIUM PIETATIS EXHEREDASSET[72].

Ainsi, les droits du sang avaient une garantie dans l'institution du Jugement centumviral, en matière d'inofficiosité. La légitime des enfants était subordonnée à leur conduite envers le père : règle profondément morale, qui devait contribuer à maintenir le respect des enfants envers le chef de famille.

70 D., v. 2. 13. 17. — XXXIV. 3. 30, et de Legatis (II) L. 76. — Cod. Just., III. 31. 12. Briss., de Verb. signif., v° Centumviri *infrà* sect. v.

71 Si le testateur avait été réellement en démence ou en fureur, il n'y aurait pas eu de testament même apparent, et il n'y a de fiction en droit que celle qui peut représenter le *vrai*.

Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanæ mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent, et hoc dicitur *non quasi vere furiosus vel demens testatus sit*, sed recte quidem fecit testamentum, sed *non ex officio pietatis;* nam si vere furiosus esset vel demens, *nullum esset testamentum*. (*D.*, v. 2. 2. (*Marcianus.*)

72 Brisson., de Formulis, lib. v. form. 37.

Pour écarter la plainte d'inofficiosité, les institués étaient libres d'offrir la quatrième portion de l'hérédité [73]. C'était la Quarte-Falcidie, étendue aux enfants non institués. La même réserve se trouvait par conséquent établie, et en faveur des enfants injustement exhérédés, et en faveur des enfants institués héritiers pour une portion insuffisante. Le fils exhérédé n'aurait pas pu renoncer d'avance à la plainte d'inofficiosité. La constitution de la famille et l'intérêt public demandaient que les enfants fussent jugés selon leur mérite, et non selon des pactes privés [74]. « Il ne faut pas, dit Gaius, donner » un assentiment facile aux pères dont le testament fait » injure à leurs enfants, et qui, corrompus par les sé- » ductions et les artifices des secondes femmes, s'élè- » vent et portent un jugement injuste contre leur pro- » pre sang [75]. » — Voilà le droit qui est établi à Rome, et porté dans les provinces par l'Édit des préteurs et des proconsuls.

V. — La puissance paternelle, qui trouve dans le tribunal des Centumvirs un juge de son exercice testa-

73 Paul, Sent., IV. 5. § 6 : Quarta portio liberis, deducto ære alieno, et funeris impensa, præstanda est, ut ab inofficiosi querela excludantur.

74 Meritis enim liberos magis quam pactionibus adstringi placuit. (*Sent.*, IV. 5. § 8.)

75 Non est enim consentiendum parentibus qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt : quod plerumque faciunt maligne circa sanguinem suum, inferentes judicium novercalibus delenimentis instigationibusque corrupti. (*D.*, V. 2. 4. *Gaius*, *ad legem Glitiam.*) — Cette citation, d'un ouvrage de Gaius, *ad legem Glitiam*, d'après le Digeste, ferait croire qu'une loi Glitia avait quelque rapport avec l'inofficiosité. Mais on ne trouve nulle mention de cette loi dans le droit romain. Hottman (Index legum) a proposé de lire ad legem Ti-

mentaire, va recevoir une limitation plus directe, plus immédiate encore, par l'institution des POSSESSIONS DE BIENS OU SUCCESSIONS PRÉTORIENNES; et la constitution de la famille romaine sera profondément modifiée sous plusieurs rapports.

Dans l'esprit des XII Tables, la famille repose sur la puissance du père. L'enfant qui est hors de la puissance ou émancipé, est hors de la famille; il ne fait plus partie des héritiers siens. Les rapports *personnels* de puissance et de sujétion n'existant plus, les rapports *réels* concernant la transmission des biens ont cessé également d'exister. Telle est la règle inflexible de la Loi primitive.

Le Droit prétorien, par la puissance de l'Édit, corrige la rigueur de l'ancien droit [76]; il rescinde l'émancipation après la mort du père; il appelle le fils émancipé à partager les biens du père mort *ab intestat*, ou il lui accorde la possession de biens *contre le testament*, comme si l'émancipation n'avait pas eu lieu. Et ce droit n'est pas exclusivement attaché à sa personne : la possession de biens peut être exercée en son nom par un créancier, si le fils émancipé ne l'exerce pas lui-même [77].

*tiam*, Loi qui était de l'an 723, et protégeait les intérêts des pupilles, en accordant aux présidents des provinces le droit de nommer les tuteurs. C'est aux intérêts des pupilles que se rapporte en effet le fragment de Gaius. — Le *Catalogus legum* de Charondas ne mentionne pas de loi *Glitia*.

76 Jus bonorum possessionis introductum est a prætore *emendandi veteris juris gratia*. (*Inst.*, III. 10. 1.)

77 Emancipato omittente bonorum possessionem, non inique postulabit creditor restitui sibi actionem adversus scriptum heredem. (*D.* XLIV. 7. 15 *Ulp.*)

L'émancipation est rescindée, dans ses effets *réels*, par l'intervention du Préteur. Le fils est censé n'être pas sorti de la famille; il participe à l'hérédité comme s'il avait été en puissance au temps du décès de son père. De là une grave conséquence : les biens qu'il a pu acquérir ou recevoir pendant son émancipation doivent être rapportés et confondus dans le patrimoine commun. S'il était resté membre de la famille civile, il n'aurait pas acquis pour lui, mais pour le chef; lorsque, par la fiction prétorienne, il rentre dans la famille, comme s'il n'y avait pas eu d'émancipation, il faut qu'il subisse les conséquences de la fiction, et qu'il rapporte les biens à l'hérédité. C'est la *collatio bonorum* et l'origine du rapport aux successions. — Pour retenir les biens qu'il a pu acquérir ou recevoir du père lui-même, à titre gratuit, le fils émancipé doit s'abstenir du bénéfice de la succession prétorienne. Là se trouve aussi, à son origine, le droit de *rétention* en faveur des enfants donataires qui s'*abstiennent* de la succession du donateur [78].

VI. — Mais l'institution prétorienne des POSSESSIONS DE BIENS n'apportait pas seulement une grave modification à la puissance paternelle et aux effets de l'émancipation; elle modifiait profondément, sous d'autres rapports, la constitution de la famille civile, en reconnaissant des droits aux parents du côté maternel, aux cognats, et en

78 C'est le droit consacré par notre art. 924 du Code, sauf la différence d'étendue dans les donations qui, en droit français, ne peuvent excéder la réserve légale; c'est une exception au principe romain et français que la légitime est une portion de l'hérédité, ou qu'elle est prise, selon l'expression de Papinien, *jure hereditario*.

établissant un système de succession parallèle à celui des XII Tables.

Le Préteur, par des principes de progrès et d'équité, a dilaté, comme disent les Institutes, le droit d'hérédité renfermé par la Loi Décemvirale dans les plus étroites limites; et Gaius, plus sévère dans l'expression, avait dit : « Les iniquités du droit civil ont été corrigées par l'Édit du préteur [79]. »

Le Droit prétorien, dans son parallélisme systématique, a suivi l'ordre de la Loi des XII Tables.

Et d'abord, la Loi divisait l'hérédité civile en hérédité testamentaire et en hérédité *ab intestat;* — de même la succession prétorienne s'est divisée en possession de biens *ex testamento*, et en possession de biens *ab intestato.*

Le Droit civil voulait que les héritiers externes fissent l'adition d'hérédité avec une formule solennelle, CRETIO, dans un délai déterminé par le testament ou par la loi; de même, l'Édit voulait que dans le délait d'un an, pour les parents en ligne directe, de cent jours pour les autres, le successeur se présentât devant le préteur, et fît la demande (*agnitio possessionis*), selon la formule conservée par les Institutes de Théophile : DA MIHI HANC BONORUM POSSESSIONEM [80].

Quant au fond des choses, le système prétorien correspondait exactement au système du droit civil; et ses

79 Inst. Just., III. 10. 20 : Angustissimis finibus constitutum per legem XII Tabularum jus percipiendarum hæreditatum PRÆTOR BONO ET ÆQUO DILATAVIT. — GAIUS : Sed HÆ JURIS INIQUITATES edicto prætoris emendatæ sunt.

80 Inst. Theoph., III. 9. § 7.

principes, étendus aux provinces par l'Édit des Préteurs et des proconsuls, devinrent une des parties ordinaires du Droit provincial[81].

La Loi des XII Tables, dans la constitution de la Famille et de la Gens, divisait l'hérédité en trois ordres, les *héritiers siens*, les *agnats*, les *gentils*, et faisait une distinction relative à l'hérédité des femmes : de plus, elle rattachait des droits de succession aux éléments accessoires de la famille, comme les affranchis, les émancipés. — Le Droit prétorien s'applique aux trois branches de l'hérédité civile, et aux autres droits de succession. Suivons ce parallélisme curieux :

1° Par rapport aux héritiers-siens. — Les enfants émancipés, qu'il s'agisse d'une hérédité testamentaire ou légitime, sont appelés, comme on l'a vu, par le préteur et la rescision de l'émancipation, au partage avec les héritiers-siens; mais, ainsi que les enfants en puissance, ils pouvaient être régulièrement exhérédés par le père. Dans ce cas, ils devaient agir par la plainte d'inofficiosité, après avoir reçu la possession *contra Tabulas*, nécessaire pour engager le litige (*ordinatoriæ litis causa*). — Les posthumes *externes*, c'est-à-dire ceux qui en naissant ne seraient pas sous la puissance du testateur, par exemple, les enfants à naître d'un fils émancipé, n'étaient pas héritiers-siens par le droit civil, et ne pouvaient, comme personnes incertaines, être valablement institués héritiers : le Droit prétorien corrigea la rigueur du droit et leur accorda la possession *secundum Tabulas*. Dans l'ordre des héritiers-siens, il y avait donc mo-

81 Cic., in Verr., I. 41. Epist. ad Attic., VI. 1.

dification par la possession prétorienne : c'est la possession *unde liberi*.

2° **Par rapport aux agnats.** — L'hérédité, selon la Loi des XII Tables, était dévolue au premier degré ; elle ne passait point aux agnats du second degré, s'il y avait abstention ou refus du premier. De plus, les agnats qui avaient subi la petite diminution de tête, par l'adoption ou l'émancipation, ne faisant plus partie de la famille civile, n'avaient plus droit à l'hérédité.—Le Droit prétorien accorda la possession aux agnats du deuxième degré ou des degrés subséquents : c'est la possession *unde Legitimi*.

Les agnats qui ont subi le petit changement d'état sont appelés aussi par le préteur, mais seulement à défaut d'agnats d'un degré plus éloigné, et par conséquent au troisième rang, *undè cognati*.[82]. — Les femmes n'avaient le droit d'agnation qu'au degré de consanguinité ; mais au-delà des consanguins, elles sont placées aussi par l'Edit au troisième rang[83]. Les possessions de biens *undè legitimi, unde cognati*, concourent donc à modifier l'hérédité des agnats de l'un et de l'autre sexe.

3° **Par rapport aux gentils.** — Les Gentils, comme on le sait, étaient reconnus héritiers par la loi des XII Tables, au défaut des agnats ; mais ce droit n'appartenait qu'aux hommes d'une race toujours ingénue, qui, par lignes transversales, remontaient à un ancêtre commun aux gentils et aux agnats. Le droit prétorien renverse la barrière établie entre les deux familles paternelle et maternelle ; il appelle les parents du côté des femmes : c'est la

82 Gaius, III. §§ 18. 27 : Tertio proximitatis nomine.
83 Gaius, III. §§ 23. 29 : Tertio gradu vocantur.

possession générale *undè cognati*, qui s'applique à tous les parents qui étaient en dehors du droit civil. — Même les enfants, placés dans une famille adoptive, étaient appelés pour recueillir, à ce troisième rang, la succession de leurs parents naturels[84].

4° Après cet ordre dans les successions prétoriennes, et à son défaut, venait la possession UNDÈ VIR ET UXOR, qui occupait dans la famille le quatrième et dernier rang, en faveur de l'épouse non placée IN MANU, non comprise comme fille de son mari, dans l'ordre des héritiers-siens. — Nous savons déjà que sous l'influence des mœurs et du mariage libre, la condition de la femme s'était le plus souvent séparée de l'antique coutume : il en résultait que l'épouse n'étant plus assimilée à une *fille* de son mari, à une *sœur* de ses enfants, n'avait aucun droit sur les biens de ses enfants prédécédés, ni les enfants sur les biens de leur mère. C'est pour combler cette lacune que, d'abord, l'Édit les appela respectivement comme Cognats, et que furent rendus, un peu plus tard, les sénatus-consultes ORPHITIEN et TERTULLIEN, lesquels se rapprochaient de l'ancien droit des XII Tables, mais en restituant à la mère et aux enfants leur véritable qualité[85]. La mère, à ce titre, recueillit les successions qui lui étaient anciennement déférées comme sœur, et les enfants recevaient, en cette qualité, la succession maternelle à eux dévolue comme frères, sous l'empire des XII Tables : l'ordre na-

84 Gaius, III. §§ 30. 31 : Etiam eæ personæ quæ per feminini sexus personas copulatæ sunt. — Qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem tertio gradu vocantur.

85 Inst., III. 3 : Prætores, eas personas ad successionem, bonorum possessione *unde cognati* accommodata, vocabant.

turel reprenait ainsi sa place et son nom dans l'ordre civil, résultat conforme à l'esprit du Droit prétorien.

5° L'Édit du Préteur s'était attaché aux diverses branches de la famille civile, pour y adapter son système de succession; et, après avoir suivi la famille dans sa constitution principale, il la suivait dans ses éléments accessoires, les affranchis, les émancipés, les enfants *in mancipio*. Les deux ordres de succession, selon le droit civil et le droit prétorien, pourraient, dans cette seconde division de la famille, être placés encore sur deux lignes parallèles; mais il nous suffira de rappeler ici ce qui concernait LES AFFRANCHIS.

La Loi des XII Tables respectait, dans les affranchis, le droit absolu de tester; et les patrons ou leurs descendants, assimilés par elle à des agnats, ne venaient à l'hérédité légitime des affranchis qu'à défaut d'héritiers testamentaires et d'héritiers-siens. — L'Édit prétorien restreignit, en faveur des patrons, la liberté testamentaire des affranchis et le droit illimité des héritiers-siens. Il accorda la possession *contra tabulas* au patron, omis dans le testament de son affranchi, ou inscrit pour une portion moindre que la moitié; et il accorda la possession *ab intestat*, aussi pour la moitié, si l'affranchi ne laissait comme héritier-sien qu'un enfant *adoptif* ou l'épouse placée sous sa puissance, *in manu*[86].

Selon la Loi des XII Tables, le droit de patronage, comme droit de succession, appartenait seulement au patron et à ses descendants. — L'Édit du Préteur étendit ce

86 Inst. III. 7 : Aperte iniquum erat nihil juris patrono superesse... De même, par analogie, pour le parent émancipateur. D. XXXVII. 12. 1. 2.

droit de patronage aux agnats et aux cognats du patron; il régla par conséquent la succession des affranchis sur le modèle de l'Édit relatif aux successions des ingénus[87].

Le droit de patronage, développé de cette manière, devait favoriser les affranchissements; car la liberté donnée devenait féconde pour la famille affranchissante. La loi Pappia-Poppæa, sous Auguste, vint ajouter encore à l'action du droit prétorien et l'exagérer : elle donna aux patrons une part virile dans l'hérédité des affranchis qui laissaient *moins de trois enfants* et une fortune de cent mille sesterces (21,000 fr.)[88]. Ainsi, au double point de vue de cette Loi, née des désastres de la guerre civile, la République épuisée aspirait à se repeupler, dans l'avenir, même par les enfants d'affranchis; et la famille des patrons, enrichie par des prélèvements de succession, pouvait racheter de nouveaux esclaves, et se préparer de nouvelles familles d'affranchis et de tributaires! —Rome, si grande jadis par la liberté de ses citoyens, se recrutait dans l'esclavage; et ses citoyens, jadis si fiers de leur vertueuse pauvreté, s'abaissaient à spéculer sur la liberté comme sur la servitude de leurs esclaves. — Bientôt même, la loi Junia-Norbana protégera les patrons contre l'éventualité des testaments d'affranchis ou des parts viriles subordonnées au nombre des enfants; la loi Junia-Norbana, rendue sous Tibère, inventera les affranchis Latins-Juniens qui ne pourront tester, dont les biens appartiendront aux patrons par droit de pécule, et qui

87 Inst. III. 10. 1. 2. — Bacchovius avait émis, à ce sujet, une conjecture qui fut approuvée par Vinnius. (*Inst.*, p. 678.)

88 Gaius, III. § 42 : Si tres reliquerat repellebatur patronus. — Inst., III. 7. 2. Si pauciores quam tres liberos... virilis pars patrono.

réuniront dans leur personne ces deux conditions contradictoires de VIVRE LIBRES et de MOURIR ESCLAVES!

Nous avons vu comment le préteur, par les possessions de biens, modifiait le système de l'hérédité des XII Tables ; il faut déterminer le caractère du droit conféré par les successions prétoriennes.

VII. — La Loi seule, ou le testament romain, par la force qu'il tient de la loi, a la puissance de faire un héritier, en déclarant ou créant cette qualité.

Le Préteur, avec son pouvoir temporaire, ne peut créer un héritier dans la plénitude de sa qualité légale. Quel est donc, en droit, le caractère des possessions de biens ou des successions prétoriennes, question qui divisait les interprètes des lois romaines, notamment Cujas et Vinnius? [89]

La *Bonorum possessio* est un moyen d'acquérir *per universitatem*. Elle ne doit pas être confondue, disait le jurisconsulte Labéon, avec la possession des choses; elle est plus de droit que de fait ; elle peut avoir lieu lors même que, dans l'hérédité, il n'y aurait aucune chose susceptible de possession corporelle: elle est le droit de poursuivre et de retenir le patrimoine du défunt [90].

« Le *Bonorum possessor* succède à la place du défunt, dit Gaius ; — le Préteur le met, en toute cause, au lieu même de l'héritier, dit Paul, et sous le titre d'hérédité

89 Cujas, ad Afr., tr. IX. L. *Cum postulassem*. — Vinnius, Inst. III. 10. *Proœm*. — L'ancienne école avait été aussi divisée. ( *Controv. Fachinæi*, lib. XIII. cap. 29.)

90 D. XXXVII. 1. 3. § 1. 2 : Jus persequendi *retinendique* patrimonii, sive rei quæ cujusque cum moritur fuit. *(Ulp.)*

est comprise la possession de biens [91]. » Ulpien déclare même expressément que la possession de biens emporte tous les avantages, toutes les charges héréditaires, ainsi que le domaine des choses qui sont dans la succession, ITEMQUE DOMINIUM RERUM [92]. Où donc se trouve la différence entre l'héritier et le successeur prétorien? — Elle se borne à ce point important, que le possesseur n'a pas les actions directes de l'héritier. En demandant la possession de biens *ex edicto*, il ne peut pas soutenir directement que « ce qui fut au défunt est à lui », que « ce qui était dû au défunt doit lui être donné ». Il ne peut agir que par des actions fictives (*actionibus fictitiis*). Il agit en se supposant héritier, *ficto se hærede*, et sous la formule *si hæres esset*. Mais, à l'aide de cette fiction, qui modifie la compétence judiciaire, il arrive en réalité au même but; il se fait attribuer les immeubles, les droits et créances de l'hérédité, comme s'il avait la qualité d'héritier, ou celle de propriétaire EX JURE QUIRITIUM [93].

91 Gaius, IV. § 34. — D. de Reg. Jur. 117. — Inst. III. 10. prœm. — D. de Verb. Sig. 138. Hæreditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur. (*Paul.*)

92 Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hæreditaria, itemque *dominium* rerum quæ in bonis sunt tribuit, nam *hæc omnia bonis sunt conjuncta*. (*D.*, XXXVII. 1. 1.) Cujas (*loc. cit.*) dit *veluti* dominium. C'est faire fléchir le texte en vue d'une opinion.

93 Gaius IV. § 34 : Judex esto...... Si hæres esset..... Si his fundus de quo agitur ex jure quiritium *ejus esset*. — Le texte de Gaius renverse l'opinion de Cujas, savoir, que la possession de biens ne donne pas la *propriété*, mais une occasion d'acquérir le domaine par *usucapion*. (*Ad Afric. Tract.*, IX. t. 1. p. 1199, et *Obs.*, lib. XXI. cap. 36.) Cette opinion, adoptée par A. Costa, dans ses Institutes (p. 309), avait été combattue par Doujat (*Notes sur Théoph.*, t. II. p. 78), par Vinnius (*Inst.*, III. 10. prœm., n° 4), et par Pothier (*Pand.*, lib. 37.)

VIII. — Les possessions de biens, que nous avons mises en parallèle avec le système de la Loi des XII Tables, étaient destinées à SUPPLÉER le droit civil; mais les possessions de biens étaient aussi données pour le CONFIRMER : c'est là une distinction essentielle. — Les possessions prétoriennes, destinées à confirmer le droit civil, ajoutaient à ses effets, en s'appliquant à l'hérédité testamentaire ou légitime[96]. L'héritier, régulièrement institué, pouvait faire adition d'hérédité par la voie civile; mais le préteur pouvait lui donner aussi la possession de biens *secundum tabulas*. — De même, les héritiers-siens étaient saisis de l'hérédité civile, et les héritiers légitimes faisaient adition; mais le préteur promettait aux uns et aux autres la possession *unde Liberi*, *unde Legitimi*. L'édit du préteur alors concourait avec le droit civil. Si l'héritier ne demandait pas la possession de biens, il n'en était pas moins héritier, en vertu du testament ou de la Loi des XII Tables; mais la possession prétorienne, en concours avec l'hérédité, lui procurait le bénéfice de l'interdit QUORUM BONORUM; c'est-à-dire un moyen prompt et facile d'obtenir, par l'autorité prétorienne, de celui qui possédait à titre d'héritier ou de possesseur, la restitution de toutes les choses qui dépendaient de la succession[97]. En l'absence de cet in-

96 Cicéron donnait une qualification très-exacte en ce cas : *Hereditatum* possessiones. (in Verr., I. 45. 46. — *Epist. ad Attic.*, VI. 6.)

97 Gaius, III. § 34. IV. § 144 : « Adipiscendæ possessionis causa interdictum; ejusque vis ac potestas hæc est ut quod quisque ex his bonis quorum possessio alicui data est pro herede, aut pro possessore possideret, id ei cui bonorum possessio data est, restituatur. »

terdit, l'héritier était obligé d'agir par la pétition d'hérédité contre les détenteurs des choses héréditaires, et de subir les lenteurs d'une procédure devant le tribunal des Centumvirs. — Ce n'était donc qu'une voie d'agir, ou un envoi en possession qui résultait alors de l'Édit du préteur et de sa disposition confirmative.

La possession de biens établie pour suppléer aux omissions de la loi civile et pour en corriger la rigueur, contenait le véritable caractère de la succession prétorienne. C'est là que se trouvait tout un système, qui avait ses différents ordres d'héritiers, qui avait dans chaque ordre ses différents degrés, avec droit d'*accroissement* en cas de renonciation de quelques-uns des successibles, et avec *dévolution* d'un degré à l'autre, à défaut de réclamation opportune.

IX. — La succession prétorienne était parallèle à l'hérédité déférée par la Loi des XII Tables; mais elle reposait sur un principe tout différent. L'hérédité, selon la Loi des XII Tables, avait pour principe et la puissance du père ou de l'aïeul et le lien civil de la famille dans ses rapports avec la puissance paternelle, avec l'agnation, avec la gentilité, appuyées sur la prééminence du sexe masculin. — La succession prétorienne avait pour principe la parenté naturelle, le lien du sang, l'affinité des époux. C'est un élément nouveau qui vient se placer dans tous les vides qu'avait laissés la constitution civile et politique de la famille romaine, et qui a pour effet de détourner, de repousser certaines conséquences de cette constitution primitive, mais non d'abroger les dispositions expresses de la Loi, et de s'élever contre des prohibi-

tions formelles [98]. — Il en résulte que les deux principes de la famille civile et de la famille naturelle, de la parenté par le père, de la parenté par la mère, vivent l'un à côté de l'autre, se limitent, se soutiennent mutuellement.

Le Droit prétorien a mis dans le domaine des successions un germe qui se développera sous les empereurs par les Sénatus-consultes et les Constitutions [99], jusqu'au moment où Justinien, arrachant, par la Novelle 118, les vieilles racines de la famille romaine et de l'agnation, donnera une nouvelle force aux liens du sang, un seul titre, la cognation, à la parenté de quelque côté qu'elle vienne, et rattachera directement aux deux tiges et aux différentes branches de la famille naturelle le système des successions légitimes, divisé désormais en trois ordres, les ascendants, les descendants, les collatéraux paternels et maternels.

98 D., de Bon. poss., XXXVII. 1. 12. § 1. (*Ulp.*) — Ubicumque Lex, vel Senatus, vel Constitutio capere hereditatem prohibet; et bonorum possessio cessat.

99 Nous rappellerons ici principalement : 1° Les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, relatifs aux droits de succession respective de la mère et des enfants (sous Marc Aurèle); 2° la constitution de Théodose et de Valentinien, par laquelle les enfants de la fille furent admis en premier ordre et concurremment avec les *héritiers-siens*, à recueillir, dans la succession de l'aïeul maternel, les deux tiers de ce que leur mère aurait personnellement recueilli jusqu'alors. — La fille prédécédée n'était représentée ni dans la famille, ni dans l'hérédité de son père, non plus que dans la possession de biens *contra tabulas, unde liberi*. Les petits-enfants n'étaient pour l'aïeul maternel que de simples *cognats*, admis au troisième ordre par le droit prétorien. — C. Theod., V. 1. 4. *de Legit. hæred.* (an 389) (*Inst.*, III, 5. § 1. *M. Ducauroi*, t. II. p. 327.) Voir *infra* notre liv. III, ÉPOQUE GALLO-ROMAINE.

# SECTION III.

## LA PROPRIÉTÉ.

---

SOMMAIRE.

§ 1. — *État de la propriété et des possessions, à Rome, lors de la conquête des provinces.*

§ 2. — *Droit de propriété dans les provinces. — Moyens d'acquérir.*

I. — Ager publicus, *en province.*

II. — Ager provincialis, *vel* privatus, *distinct de l'Ager publicus et du Sol Italique.*

III. — *Moyen d'acquérir : Tradition pour juste cause. — Introduction de l'*emptio-venditio ; *son caractère distinctif de la Mancipation, né du caractère juridique des fonds provinciaux.*

IV. — *Parallélisme du Droit des Gens et du Droit Civil quant aux modes d'acquérir les immeubles, de prescrire par la possession, d'établir des servitudes et de créer des droits de jouissance.*

---

### § 1er. — ÉTAT DE LA PROPRIÉTÉ ET DES POSSESSIONS, A ROME, LORS DE LA CONQUÊTE DES PROVINCES.

Sous la Loi des XII Tables, il n'y a d'abord qu'un domaine à Rome, le domaine Quiritaire. Les immeubles romains, formant l'ager privatus, s'identifient avec les Res Mancipi. Mais les terres du Latium, de l'Italie, de la Gaule Cisalpine, sont devenues successivement des terres romaines, susceptibles de la Mancipation, de la Cession

*in Jure*, de l'Usucapion, à mesure que ces contrées ont été admises à participer au droit de la Cité.

L'ager publicus, réputé imprescriptible, avait été livré, dès l'origine, sous charge de redevances, à la possession des Patriciens et des Chevaliers. Les possesseurs avaient ensuite tâché de se rapprocher, de plus en plus, du droit de propriété, en faisant des constructions sur le sol, en transportant à d'autres, par la tradition, les biens possédés. Ils les transmettaient ainsi à leurs héritiers, libres souvent des redevances originaires, et comme à titre d'hérédité, disait Florus, *quasi jure hereditario*[1]. Les lois Licinia et Sempronia [377-620], pour empêcher ou dissoudre l'accumulation des grandes fortunes territoriales, avaient limité à cinq cents jugères l'étendue des propriétés et des possessions d'un citoyen; mais ces tentatives étaient restées impuissantes. Les vastes possessions, les LATIFUNDIA, couvrirent progressivement le territoire du Latium et les champs de la fertile Italie. Les discordes civiles, les distributions de terres faites aux soldats par Sylla et ses imitateurs, les usurpations des chevaliers, protégées par leur nouveau privilége de siéger exclusivement dans les tribunaux, au temps même des lois agraires de C. Gracchus, les ventes ordonnées par des lois spéciales et exécutées au profit du Trésor public, par l'intermédiaire des Censeurs et des Questeurs; enfin les assignations de terre établies en faveur des Vétérans ou des Prolétaires, firent disparaître successivement du domaine de la République

1 Relictas sibi a majoribus sedes ætate, quasi jure hereditario, possidebant. (*Florus*, II. 12. *Niebuhr*, III. p. 199.)

l'ancien ager publicus de Rome et de l'Italie; et dans le livre sur les Devoirs, après la tourmente des lois agraires et des guerres civiles, Cicéron réclamait pour les longues possessions la même inviolabilité que pour la propriété ordinaire[2].

Mais aux VI[e] et VII[e] siècles de Rome, lorsque la conquête vint ajouter de vastes provinces au territoire et à l'empire de la République, l'ager publicus existait encore. Les terres qui en dépendaient, et qui étaient possédées par les particuliers ou les Colléges des augures et des prêtres, étaient qualifiées de *possessiones*, et garanties contre les voies de fait par les Interdits Prétoriens, qui maintenaient ou rétablissaient en possession ceux qui se plaignaient d'avoir été troublés dans leur jouissance[3].

2 Cic., de Off., II. 22. 23 : « Qui vero esse populares volunt, ob eamque causam, agrariam rem tentant, ut *possessores* suis sedibus pellantur..... ii labefactant fundamenta Reipublicæ. Concordiam primum tollunt.... deinde *æquitatem* quæ tollitur omnis, si *habere suum* cuique non licet.... quam autem habet æquitatem, ut agrum *multis annis*, aut etiam ante seculis *possessum*, qui nullum habuit, habeat : qui autem habuit, amittat? » (Cap. 22.)

« Habitent gratis in alieno? — Quid ita? Ut cum ego emerim, ædificaverim, tuear, impendam : tu me invito, fruare meo? Quid est aliud quam aliis *sua* eripere, aliis dare *aliena*. » (Cap. 23.)

C'est certainement la doctrine chère aux Chevaliers qui est ici exposée par Cicéron, en 707.

3 L'interdit *uti possidetis* qui, dans les textes du Digeste, s'applique aux maisons, *uti possidetis eas ædes*, contenait, d'après Festus, dans le droit ancien, les mots *eum fundum*. Voici la formule telle que Festus la donne : « Uti nunc possidetis *eum fundum*, quod nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto. » (*Festus*, v° *Possess.*, *et Fest. Frag. e Cod. Farn.*, *édit. Muller*, p. 232. 233.)

Ces Interdits tenaient lieu, à l'égard des détenteurs, de la *Vindicatio* et des autres actions réelles qu'ils ne pouvaient exercer, parce qu'ils n'avaient ni ne pouvaient avoir, en leur qualité de détenteurs, la pleine propriété de la chose possédée.

Propriété romaine, de Droit civil, et possession seulement des fonds dépendant de l'ager publicus : — tel était donc à Rome le double caractère de la propriété *parfaite* et *imparfaite*, quand la conquête vint soumettre de nombreuses provinces au pouvoir de la République.

### § 2. — DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS LES PROVINCES. — MOYENS D'ACQUÉRIR.

Quel fut le droit de propriété dans les provinces? — Quelle influence le Droit des Provinces a-t-il exercée sur le Droit civil de Rome, en matière de propriété?

La solution de ces questions est nécessaire pour expliquer le passage de la propriété et des modes d'acquisition du Droit Civil à la propriété et aux modes d'acquérir du Droit des Gens. Dans leur examen se rencontre aussi la théorie de Niebuhr et de Savigny, sur le rapport supposé entre l'*ager publicus* et les possessions de l'*ager provincialis*[4].

Dès les premiers siècles où Rome eut des provinces, il se fit, dans l'étendue des terres provinciales, une division qui réfléchissait la distinction romaine du domaine

4 La théorie des savants de l'Allemagne a été adoptée, développée et peut-être dépassée par M. Giraud, *Recherches sur la propriété*, p. 197. 204.

public et du domaine privé. Les vainqueurs s'attribuaient, dans chaque province, des terres qui étaient affectées à la République, et qui étaient comprises sous la qualification propre d'*ager publicus* : c'était le plus souvent le territoire des cités qui, ayant opposé une vive résistance, avaient été complètement vaincues ou avaient fini par se rendre à discrétion, comme déditices[5]. Les autres terres, laissées aux habitants, aux anciens propriétaires, sous la charge de la Dîme des fruits, ou d'un tribut fixe, formaient le domaine privé, le domaine provincial ou tributaire, *ager privatus*, *ager provincialis vel tributarius*, *prædia provincialia*[6].

I. — L'AGER PUBLICUS des provinces était incorporé au domaine de la République. — Sous le consulat de Cicéron, le tribun Servilius Rullus fit adopter une loi agraire applicable à l'ager publicus situé dans l'Italie et hors de l'Italie[7]. La loi désignait les terres

5 Cicéron dit : Perpaucæ Siciliæ civitates sunt bello a Majoribus nostris subactæ : quarum *ager* quum esset *publicus* populi romani factus, tamen illis est redditus.... Fœderatæ civitates duæ sunt quarum decumæ venire non soleant.... quinque sine fœdere immunes civitates ac liberæ.... Præterea *omnis ager* Siciliæ civitatum *decumanus* est. *In Verr.*, *de Re Frument.*, III. c. 6.)

6 In diversis provinciis.... omnes etiam PRIVATI AGRI tributa atque vectigalia persolvunt. (*Rei agrariæ auctores*, *Aggenus*, *édit. Goesii*, p. 47.) — Cicéron avait dit : Impositum vectigal certum, quod stipendiarium dicitur. (*In Verr.*, III. 6.) — Gaius, II. 21, dit : Prædia provincialia, alia stipendiaria, alia tributaria.

7 Rei agrariæ Leges variæ (Goesius, p. 357) : « Qui agri, quæ loca, quæ ædificia aliudve quid, quod PUBLICUM POPULI ROMANI factum est; fuitve in ITALIA atque EXTRA ITALIAM, L. Sylla, Q. Pompeio Coss., aut postea ; id Decemviri vendento. »

publiques, QUOD PUBLICUM POPULI ROMANI, situées :

En Italie,
En Sicile,
En Asie,
En Macédoine,
Dans la Chersonèse,
En Grèce,
En Espagne,
En Afrique.

La Loi voulait aussi que « les édifices, les champs, les étangs, les marais, les possessions, les lieux publiquement *assignés, vendus*, *concédés, possédés* depuis le consulat de C. Marius et de Carbon, fussent placés sous le droit le plus favorable à la propriété privée[8]. »

Trois siècles plus tard, le jurisconsulte Paul indique des terres, des *possessions* achetées dans la Germanie Trans-rhénane, et il décide que le prix en était dû par l'acquéreur, bien que depuis l'acquisition elles eussent été vendues par l'ordre du Prince ou assignées aux Vétérans[9]. — Le même jurisconsulte dit que les terres publi-

8 Ea omnia jure sint ut quæ *optimo jure privata sunt*. (*Goesius, Leg. var.*, nº 13. 14.)

9 D., XXI. 2. 11. Le mot *possessiones* indique, dans cette loi, qu'il s'agissait de l'*ager publicus :* « L. Titius prædia in Germania trans» Rhenum emit et partem pretii intulit. Cum in residuam quantitatem » heres emptoris conveniretur, quæstionem retulit, dicens : HAS POS» SESSIONES EX PRÆCEPTO PRINCIPALI partim *distractas*, partim » *veteranis* in præmio *adsignatas*. Quæro an hujus rei periculum ad » venditorem pertinere possit? Et ideo secundum ea quæ proponuntur » pretium prædiorum peti posse. » — C'était le *fait* du *Prince*, appliqué à ce que le Prince avait le *droit* de faire, comme représentant le peuple Romain, propriétaire d'un domaine imprescriptible.

ques, AGRI PUBLICI, qui ont été louées à perpétuité, ne peuvent être retirées sans l'autorité du Prince[10].

Il est donc bien certain qu'il y avait dans les provinces un *ager publicus*, dont le domaine appartenait à l'Etat, et dont la possession était concédée aux particuliers, qui pouvaient vendre, acheter, succéder, mais sous la condition d'une révocabilité perpétuelle [11]. — L'*ager publicus*, dans les provinces comme à Rome, était imprescriptible, inaliénable à titre définitif, sauf l'intervention de la loi ou de la puissance souveraine. Lorsque des terres du domaine public étaient assignées, en vertu de la souveraineté, aux Vétérans ou aux Colons, avec arpentage et délimitation par les AGRIMENSORES, les terres étaient censées faire partie du sol italique; elles devenaient propriété romaine, *Res mancipi* [12]. Les vétérans, les citoyens de la colonie, en avaient le domaine ex Jure Quiritium, qui s'appliquait alors à des terres situées à une grande distance de Rome, comme il s'appliquait, dans les premiers temps, au sol des colonies fondées en Italie, et investies du Droit de Latinité. — En résumé, l'ager publicus des Provinces était la représentation fidèle de l'ager publicus de l'Italie, soit dans sa condition première, soit dans ses concessions possibles.

10 AGRI PUBLICI qui in perpetuum locantur a curatore, sine auctoritate principali revocari non possunt. (*D.*, XXXIX. 4. 11.)

11 Condition analogue aux domaines de la Couronne, qui, dans l'ancien Droit français, étaient dits *domaines engagès* et révocables.

12 Le rôle de l'*agrimensor* était d'une haute importance pour l'assignation des terres. (Voir GOESIUS, *Antiquit. agrar.*, cap. XXIV, p. 27.)

II. — L'AGER PRIVATUS des provinces, au contraire, ne devenait jamais terre romaine, Res mancipi, à moins que la cité elle-même, par une faveur toute spéciale, n'eût été gratifiée du jus Italicum. Mais (à part ce privilége politique), que l'ager privatus fût possédé par un habitant du pays ou par un citoyen romain, il restait toujours terre provinciale, ager provincialis, Res nec mancipi. La qualité du possesseur n'influait pas sur la condition de la terre. Le domaine Quiritaire sur le sol provincial ne pouvait appartenir à personne en particulier. Il appartenait au Peuple Romain, mais comme domaine général, comme domaine éminent et de souveraineté, qualifié par Gaius DOMINIUM POPULI ROMANI, plus tard IMPERIUM [13], et représenté soit par la dîme des fruits établie sur les terres provinciales, soit par les impôts fonciers (*tributum vel stipendium*), dont le sol italique resta long-temps affranchi.

Les terres des provinces, ainsi possédées sous la souveraineté du peuple romain, étaient quelquefois qualifiées POSSESSIONES, comme celles de l'ager publicus. Festus dit en effet : « On appelait possessions, les champs soit publics, soit privés, qui n'étaient pas acquis par mancipation, mais par usage ou tradition [14]. » Là se trouve le rapport entre l'ager publicus et l'ager provin-

13 Gaius, II. § 7. Les Institutes de Justinien disent *imperium*.

14 Possessiones appellantur agri late patentes PUBLICI PRIVATIQUE qui *non mancipatione, sed usu* tenebantur... (*Fest. Frag. e Cod. Far., édit. Muller*, p. 241.)

Niebuhr, pour étayer son système sur la prétendue identité de l'*ager publicus* et de l'*ager provincialis*, propose tout simplement de retrancher les mots *privatique*, qui renversent toutes ses idées. C'est se mettre un peu à l'aise avec les textes. (*Hist. rom.*, III. p. 193.)

cialis. Il est dans la qualification respective de *possession;* il est principalement en cette circonstance que la terre, dans l'un et l'autre cas, était transmise par la tradition, et non par la mancipation. Mais là s'arrête la ressemblance. Le caractère du droit de propriété, le plein pouvoir sur la chose, n'existait point en faveur des particuliers, relativement aux terres de l'*ager publicus*, puisqu'il y avait toujours révocabilité, imprescriptibilité. — Au contraire, il existait relativement aux terres de l'*ager provincialis*; les particuliers en avaient la libre disposition, sans aucune condition expresse ou tacite de révocabilité. Ils exerçaient, à leur égard, tous les droits utiles du domaine; ils transmettaient leurs droits, avec toute sécurité, à leurs héritiers ou représentants. — Les terres provinciales, en principe, étaient donc bien distinctes de l'ager publicus.

D'un autre côté, ces terres se distinguaient essentiellement du sol Italique. Elles n'étaient pas dans la propriété Quiritaire, elles étaient *in Bonis;* elles n'étaient pas du domaine selon le Droit civil, mais du domaine selon le Droit des gens; et c'est là le point fondamental.

Après la conquête des provinces, et sous l'influence du Droit provincial, le domaine, selon l'expression de Gaius, le domaine est double dans le Droit romain : DUPLEX DOMINIUM [15]. Si Rome a sur la province le domaine de souveraineté, EX JURE QUIRITIUM, les habitants de la province ont le droit sur leurs biens, le véritable pouvoir sur la chose, la propriété qualifiée IN

15 Apud cives romanos DUPLEX DOMINIUM, nam vel *in bonis*, vel ex *jure Quiritium*. (*Gaius*, I. § 54.) Théop., Inst. I. 5. § 3. II. 1. § 40.

BONIS. Une apparente suprématie était pour Rome; la réalité du droit était pour la Province. Ainsi, la province n'avait pas, à proprement parler, les choses sacrées, parce que la terre n'avait pas été consacrée de l'autorité du peuple romain; mais le sol destiné au culte était tenu PRO SACRO. De même, le lieu qui recevait la dépouille de l'homme libre ou esclave, n'était pas dit religieux, mais il était tenu PRO RELIGIOSO[16]. — Cette doctrine sur la distinction à faire entre le domaine quiritaire et la propriété *in bonis*, a passé même du Droit provincial dans le Droit privé des citoyens romains. Deux citoyens peuvent avoir sur le même objet, l'un, le domaine *in bonis*, l'autre, le domaine *ex jure Quiritium;* mais celui qui a seulement le droit Quiritaire n'est pas censé avoir le domaine réel. La chose est vraiment sous le pouvoir du maître qui la tient dans ses biens, IN POTESTATE DOMINI, SI SIT IN BONIS[17].

16 Sed sacrum quidem solum existimatur auctoritate populi romani fieri; consecratur enim lege de ea re lata, aut senatusconsulto facto. Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui funus ad nos pertineat. Sed in *provinciali solo* placet plerisque *solum religiosum* non fieri, quia *in eo solo dominium populi romani est vel Cæsaris; nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur :* utique tamen ejusmodi locus, LICET NON SIT RELIGIOSUS, PRO RELIGIOSO habetur; quia etiam quod in provinciis non ex auctoritate populi romani consecratum est, quamquam PROPRIE SACRUM NON EST, PRO SACRO HABETUR. (*Gaius*, II. §§ 5. 6. 7.)

17 Cæterum quod apud cives romanos duplex sit dominium, nam vel in bonis, vel ex jure Quiritium, vel ex utroque jure cujusque servus esse intelligitur, ita demum servum *in potestate domini esse dicemus, si in bonis ejus sit*, etiamsi simul ex jure Quiritium ejusdem non sit, nam qui *nudum jus Quiritium* in servo habet, is potestatem habere non intelligitur. (*Gaius*, I. § 54.)

Ainsi, nulle confusion n'est possible : la propriété provinciale ne peut être confondue ni avec la possession précaire ou révocable des terres composant le domaine de la république, ni avec la propriété du sol Italique devenu *res Mancipi.* — La distinction du sol italique et du sol provincial, dans le droit privé des Romains, servira de base désormais à deux espèces de domaine : le PRÆDIUM ITALICUM, c'est la propriété selon le Droit Civil; le PRÆDIUM PROVINCIALE, c'est la propriété selon le Droit des Gens. — « Et nous devons avertir, » dit Gaius, que, chez les étrangers (ou les provin- » ciaux), il n'y a qu'un seul domaine. Ainsi un homme, » dans les provinces, est propriétaire ou il n'est pas pro- » priétaire. C'était aussi l'ancien droit du peuple romain : » ou quelqu'un, en effet, était propriétaire *ex jure Quiri-* » *tium*, ou il n'était pas propriétaire. Mais, depuis, le » domaine a reçu la division d'après laquelle l'un peut » avoir le domaine quiritaire, et l'autre avoir la chose *in* » *bonis* [18]. » Le sol italique sera susceptible de ces deux espèces de propriété; il pourra être l'objet du domaine quiritaire, ou seulement du domaine *in bonis*, d'après la qualité du possesseur, citoyen romain ou non citoyen, et d'après la nature du moyen d'acquérir, conforme ou non conforme au droit civil. — Le sol provincial sera susceptible de la propriété unique selon le droit des Gens, c'est-à-dire selon LE DROIT NATUREL [19].

18 Gaius, II. § 40 : Sequitur, ut admoneamus apud peregrinos UNUM ESSE DOMINIUM.

19 Quod... tamen recte dicitur et JURE GENTIUM, id est JURE NATURALI, id effici. (*Inst. Just.*, II. 1. 41. *De Divis. Rerum.*)

III. — Quand Rome connaît la propriété du droit des gens relative aux fonds de terre, le Droit civil non-écrit admet, comme corollaire, le moyen d'acquérir du Droit des gens, la TRADITION. — Précédée de la vente, la tradition est le moyen d'acquérir les immeubles provinciaux à titre onéreux; précédée de la volonté de donner entre vifs, la tradition est le moyen de les acquérir à titre gratuit et singulier[20].

Le contrat de vente, *Emptio-Venditio*, applicable aux immeubles, s'est introduit par l'usage dans le droit civil, lorsque les rapports des Romains avec les nations étrangères étaient devenus fréquents, lorsque les provinces de la République embrassaient une partie du monde connu, vers le VII^e siècle. Il était certainement pratiqué à Rome, du temps de Cicéron, comme un contrat nommé, produisant obligation et action; car Cicéron mentionne les actions correspondantes *ex empto aut vendito*[21]. — Admise dans le droit civil au rang des contrats et munie de deux actions directes, la vente y a conservé, cependant, son titre originel et sa nature comme contrat du droit des gens et de bonne foi. C'est un point remarquable.

Un autre l'est plus encore.

Dans l'Emptio-venditio, le vendeur ne s'oblige pas à rendre l'acheteur propriétaire, mais seulement à lui livrer une possession paisible, à lui faire avoir la chose à

20 Fragm. Vaticana, *de Donationibus* : In donatione rei tributariæ.... In his quidem quæ *solo tributario* consistunt...., in vacuam inductos possessionem ostendi convenit. (§ 293.)

21 Cic., de Nat. deorum, III. 30 : Quæ ex empto, aut vendito, conducto aut locato..... fiunt.

titre de propriétaire et à le garantir des évictions[22]. D'où naît ce caractère spécial, qui distingue la simple vente de la mancipation, laquelle avait pour objet la transmission du droit de propriété? — Il nous semble venir du caractère même des immeubles sur lesquels portait originairement la vente.

Qu'on y réfléchisse, en effet :

L'Emptio-venditio et la tradition, en prenant place dans le droit civil, à côté de la Mancipation, s'appliquaient aux fonds de terre qui n'étaient pas susceptibles d'une propriété parfaite. La mancipation restait le moyen solennel, du droit civil, pour effectuer le transport de propriété des immeubles de Rome et de l'Italie, sur lesquels les citoyens pouvaient avoir le domaine parfait, *ex optimo jure Quiritium.* Mais dans la vente et la tradition des immeubles provinciaux, au contraire, le vendeur ne pouvait jamais transmettre, selon l'acception de la Loi civile, le droit de pleine propriété, puisque le domaine Quiritaire ou éminent de ces immeubles était attaché à l'empire du Peuple Romain. Toutefois, comme ce vendeur avait le domaine utile ou la chose *in bonis*, il pouvait transmettre la possession paisible, dont il jouissait, et garantir de l'éviction. Il possédait le sol provincial comme à lui, PRO SUO; et par la vente, par la tradition, il trans-

22 Paul, *ad Edictum*, disait en termes bien précis : « Venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo. Itaque si *evicta res non sit*, nihil debet.» (*D.*, XIX. 4. 1.)

J. Pacius, centur., III. p. 273, a très-bien développé la doctrine de cette loi, qu'il résume ainsi : « Eam traditionem modo sequitur, modo non sequitur *translatio dominii;* hæc igitur consideratio non est de *natura* contractus, sed de *implemento.*»

mettait les mêmes droits à l'acquéreur, qui possédait PRO EMPTORE et PRO SUO[23]. — La vente, dans la suite, s'est généralisée en droit romain par son application aux fonds de terre, quelle que fût leur situation dans les provinces ou dans l'Italie; mais elle a retenu son caractère originaire et distinctif.

Elle est restée, comme nous l'avons dit d'abord, un contrat du droit des gens et de bonne foi; elle est restée aussi un contrat parfait par le seul consentement sur la chose et sur le prix, confirmé ou sanctionné par le droit civil comme produisant obligation et action personnelle, mais non transformé, ainsi que la Mancipation ou la Cession *in jure*, en moyen d'acquérir[24].

C'est la Tradition précédée d'une juste cause, moyen déjà reçu, dans l'ancien droit civil, d'acquérir les choses mobilières *nec mancipi*, qui devient, dans la deuxième période du droit romain, le moyen d'acquérir les immeubles, en général, selon le droit des gens ou le droit naturel. Et alors le citoyen a vraiment deux domaines possibles : le domaine civil ou *Quiritaire* sur les fonds du territoire italique, le domaine naturel ou *Bonitaire* (selon l'expression de Théophile) soit sur les terres italiques, soit

23 PRO SUO possessio talis est, cum dominium nobis adquiri putamus et ex ea causa possidemus, ex qua adquiritur, et præterea pro suo : ut puta, ex causa emptionis et PRO EMPTORE et PRO SUO possidet. (*D.*, XLI. 10. 1. *Ulp.*) — J. Godefroy dit très-bien à ce sujet : « PRO » SUO possidet ex causis quibus JURE GENTIUM dominium adquiritur. »

24 Dans la théorie de notre Code civil, la vente des immeubles est, quant à la forme, du droit des gens comme l'*emptio-venditio*, et quant au fond, pour la transmission *ipso jure* de la propriété, elle est une création du droit civil comme la mancipation.

sur les biens du territoire provincial. — Mais l'habitant des provinces, qui n'est pas investi par naturalisation individuelle de la qualité de citoyen romain, ou qui n'est pas membre d'une cité, d'une colonie gratifiée du *Jus Latii* ou du *Jus Italicum*, ne peut avoir qu'une seule espèce de domaine, le domaine selon le Droit des gens.

La même distinction que nous venons de reconnaître, dans l'aliénation à titre onéreux, entre la propriété provinciale et la propriété romaine, se retrouve par rapport à la donation entre vifs. Le dualisme, qui s'est manifesté par la mancipation du droit civil et l'emptio-venditio du droit des gens, existe aussi dans l'aliénation à titre gratuit. Dans le système de la loi Cincia, sur laquelle les fragments du Vatican nous ont fourni une lumière nouvelle, la distinction entre les immeubles de propriété romaine, *res mancipi*, et les immeubles provinciaux, *res tributariæ*, est fondamentale. Les terres romaines ou italiques étaient transmises, pour cause de donation entre vifs, par la mancipation, et la donation devait être renfermée dans les limites de la Loi; — mais les terres provinciales ou tributaires étaient transmises par la seule tradition, émanée d'un majeur de vingt-cinq ans, et pouvaient être données sans aucune restriction [25]. Or, cette Loi, du VI^e^ siècle de Rome, n'a pas eu une

25 In donatione rei tributariæ circa exceptam et non exceptam personam legis Cinciæ nulla differentia est, quum et vacuæ possessionis inductione celebrata in utriusque persona perficiatur..... quapropter in his quidem quæ solo tributario consistunt, a majore V et XX annis in vacuam inductos possessionem ostendi convenit. (§ 293. Frag. Vatic.) — Cette Loi avait plus d'un rapport avec l'ordre politique.

existence éphémère : on retrouve en effet sa distinction essentielle rappelée et confirmée, en l'an 296 de l'ère chrétienne, par un rescrit de Dioclétien[26].

IV. — Tout un ordre de propriété, de modes d'acquérir, de moyens d'établir les servitudes et de créer des droits de jouissance, se rattachait au sol provincial; la propriété du droit des gens s'organisait et marchait de front avec la propriété du droit civil. — Le parallélisme est complet.

Aux moyens civils d'acquérir les immeubles, de constituer les servitudes personnelles et réelles et de créer des droits à la simple jouissance des fruits, la mancipation, l'usucapion, la cession *in jure*, le précaire, correspondaient, selon le droit des gens, la tradition pour cause de vente ou de donation, la prescription de long-temps, les pactes et stipulations, le louage.

1° La Tradition, pour cause de vente ou de donation entre vifs, répondait à la mancipation, comme on l'a vu, pour le transport des immeubles. L'Emptio-venditio du droit des gens, acceptée par le droit non-écrit, avec garantie en cas d'éviction, se substituait progressivement à la Mancipation civile; elle finira par l'effacer et par être seule employée à l'égard des immeubles romains. Et cependant, elle gardera toujours son caractère primitif, de ne pas obliger le vendeur à transférer par la tradition le droit de pleine propriété, et de pouvoir, par

26 Donatio prædii quod mancipi est, inter non exceptas personas traditione atque mancipatione perficitur; ejus vero quod nec mancipi est traditione sola. (§ 313. Frag. Vatic.—*Dioclet. et Constant.*, *an* 296.)

conséquent, s'appliquer à la vente de la chose d'autrui, c'est-à-dire à l'obligation du vendeur de faire avoir la chose à l'acquéreur ou de lui payer des dommages et intérêts, en cas de non tradition.

2° La Prescription de long-temps, pour les fonds provinciaux, dix ans entre présents ou habitants de la même province et vingt ans entre absents, introduite par les mœurs et le droit prétorien, était corrélative à l'usucapion de deux ans pour les fonds d'Italie; elle ne conférait pas directement la propriété, elle produisait une *exception péremptoire* pour repousser l'action du propriétaire; elle n'avait pas lieu en *matière mobilière*. L'ancienne usucapion du droit civil, applicable dès l'origine aux meubles *mancipi vel non*, conservait sa généralité entre citoyens romains; mais pour ceux qui n'étaient pas citoyens, la possession non précaire, non violente ou furtive des objets mobiliers, valait prescription ou titre [27].

3° Les pactes, ajoutés à la vente, ou les stipulations correspondaient à la mancipation et à la cession *in jure*, pour l'établissement et le transport des servitudes rurales et urbaines, et pour la constitution de l'usufruit conventionnel. Gaius en fait la déclaration expresse [28].

27 Doneau, de Jure civili, v. 4. tom. 1. p. 946 (édit. de Naples) : Præscriptio longi temporis in rebus mobilibus locum non habuit.

28 Sed hæc scilicet in italicis prædiis ita sunt, quia et ipsa prædia mancipationem et in jure cessionem récipiunt; alioquin in *provincialibus prædiis*, sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi, ne luminibus vicini officiatur, cæteraque similia jura constituere velit, *pactionibus et stipulationibus*, id efficere potest, quia ne ipsa quidem prædia *mancipationem* aut *in jure cessionem* recipiunt. (*Gaius*, II. § 31.)

4° Quant au mode de jouissance des immeubles, le droit des gens apportait au droit civil le louage, *locatio conductio*, contrat consensuel et de bonne foi, produisant obligation et droit personnel, relativement à la perception des fruits. Ce contrat, accepté par le droit non-écrit, était venu se placer à côté du *precarium* des temps anciens, et améliorer la condition des détenteurs et cultivateurs, en imposant des obligations réciproques au propriétaire et au fermier[29].

Ainsi, le Droit civil de la deuxième Période, sous l'influence du Droit prétorien et du Droit provincial, connaissait vraiment deux espèces de propriété, DUPLEX DOMINIUM, avec tous les corollaires de ce dualisme nouveau. Ce n'est pas une exception apportée au droit de l'époque primitive, qui connaissait un seul domaine, EX JURE QUIRITIUM ; c'est un système nouveau qui se développe à côté de l'ancien et qui tend à l'absorber, pour se répandre librement sur l'univers romain.

29 L'action *conducto aut locato* est mentionnée par Cicéron. (*De Nat. deor.*, III. 30.)

# SECTION IV.

## OBLIGATIONS.

---

## SOMMAIRE.

§ 1. — *Extension de l'obligation civile. — Sources nouvelles. — Trois classes d'obligations.*

I. — *Obligation* civile *appliquée à des éléments nouveaux, et communicable aux Etrangers. — Restriction relative à l'obligation littérale.* — Chirographa, syngraphæ, arcaria nomina. — *Exception* non numeratæ pecuniæ.

II. — *Obligation* honoraire *ou* prétorienne. — *Parallélisme du* Droit prétorien *et du* Droit civil *par rapport aux obligations.*

III. — *Obligation naturelle.*

§ 2. — *Influence du Droit nouveau sur l'exécution et l'extinction des Obligations.* — Restitutions in integrum.

I. — *Modifications par des lois ou des formes nouvelles :*
— *Loi* Papyria. — Emptio bonorum. — Possessio bonorum.
— *Loi* Julia, de bonis cedendis.

II. — *Modifications par le Droit prétorien :*
— Restitutions en entier *à l'égard des Majeurs.*
— Restitutions en entier *à l'égard des Mineurs de vingt-cinq ans.*
— *Vue d'ensemble sur l'incapacité des impubères et des pubères. — Loi* Lætoria. — *Transition de cette loi aux Restitutions* in integrum.

### § 1er. — EXTENSION DE L'OBLIGATION CIVILE. — SOURCES NOUVELLES. — TROIS CLASSES D'OBLIGATIONS.

I. — L'obligation civile, fondée sur la Loi des XII Tables, s'étend et reçoit des éléments nouveaux. Elle embrasse certaines conventions du droit des gens, élevées par le droit non-écrit au rang des contrats nommés. Par obligations civiles, on entend désormais celles qui sont constituées par les Lois, ou confirmées d'une manière certaine par le Droit civil[1].

Le Droit romain a sa classification définitive des contrats nommés en contrats réels, verbaux, littéraux, consensuels, ou contrats parfaits, RE, VERBIS, LITTERIS et CONSENSU.

Les quatre Contrats consensuels et de bonne foi, la vente, le louage, le mandat, la société, sont indiqués ensemble dans les écrits de Cicéron comme contrats obligatoires, et désignés par les actions même qui en dérivent[2]. Ils n'ont point de caractère exclusif à l'égard des Étrangers qui peuvent s'obliger, entre eux ou avec les citoyens, par des contrats dont l'origine se puise dans le droit des gens et dont le principe est la bonne foi.

Les Contrats réels, dont trois, le dépôt, le gage, le commodat, sont de bonne foi, n'ayant besoin pour leur perfection que du consentement des personnes et de la

1 Civiles sunt quæ aut legibus constitutæ, aut *certe* jure civili comprobatæ sunt (*alias* certo). (*Inst. Just.*, III. 13. 1.)

2 Inde tot judicia de fide mala, tutelæ, MANDATI, PRO SOCIO, fiduciæ, reliqua quæ EX EMPTO AUT VENDITO, EX LOCATO AUT CONDUCTO, contra fidem fiunt. (*Cic.*, *de Nat. Deor.*, III. 30.)

tradition des choses, sont communs aux citoyens et aux étrangers.

Le Contrat verbal lui-même, la stipulation, malgré sa civile origine, prend une grande extension, et devient, par la puissance du droit non-écrit, une forme générale de contracter entre personnes étrangères et un lien possible d'engagement, un *vinculum juris* entre les étrangers et les citoyens. Le droit civil de Rome, qui s'enrichit des éléments du droit des nations, reporte au droit des gens, par une sorte de réciprocité, des institutions nées dans le sein même de la Cité : le Préteur des Étrangers, dont le pouvoir égale celui du Préteur de la Ville, assure, au profit des personnes étrangères et contre elles, l'exercice des droits, l'exécution des obligations qui les concernent, et protége, par sa haute influence, cet échange de mœurs et de relations qui s'établit entre Rome et les diverses nations du Monde.

L'Obligation *littérale* du droit civil, celle, du moins, qui naissait des inscriptions ou transcriptions sur les registres domestiques, ne pouvait pas s'étendre aux Étrangers, car ces registres, sur la fidélité desquels les Censeurs faisaient prêter serment, étaient ceux des citoyens de Rome; donc l'obligation *transcriptiis nominibus* restait purement de droit civil[3]. Mais les billets sous

3 Gaius, III. § 133 : Transcriptiis vero nominibus an obligentur peregrini merito quæritur, quia quodammodo *juris civilis* est talis obligatio. — Il y avait controverse entre les jurisconsultes pour savoir si la novation *a causa in personam* pouvait se faire sur le registre envers un étranger. Nerva et Sabinus n'étaient pas du même avis. — Il est probable que, dans ce cas, il s'agissait d'une novation faite sur le livre des *argentarii*; car les registres domestiques, comme moyen légal de preuve judiciaire, étaient tombés en désuétude sous l'empire, parce qu'il n'y avait plus de censeurs pour les surveiller.

seing-privé, *Chirographa*, portant que le souscripteur doit; et les écrits, signés de deux personnes, *Syngraphæ*, portant que l'une des parties promet de donner à l'autre, constituaient une obligation littérale propre aux étrangers[4]. — Au reste, les citoyens et les étrangers connaissaient des créances par écrit, *arcaria nomina* (effets de Caisse), qui étaient à leur usage commun. Ces titres, appelés aussi *cautiones*, n'obligeaient pas par eux-mêmes, *ipso nomine*, mais seulement par la numération des espèces qui devait être prouvée. Les *arcaria nomina* ne créaient aucune obligation; ils étaient un témoignage, un instrument de l'obligation qui pouvait être combattu par des preuves contraires; l'obligation en elle-même était plutôt réelle que littérale[5] : on pouvait opposer au porteur du titre l'exception *non numeratæ pecuniæ*. — Cette exception était d'abord annale; mais le délai dans lequel elle devait être opposée fut ensuite prorogé à cinq années par une Constitution de Marc-Aurèle; plus tard, et selon le droit de Justinien, le délai de l'exception fut de deux ans. Le délai

4 Gaius, III. § 134 : Præterea litterarum obligatio fieri videtur *chirografis* et *syngraphis*, id est si quis debere se, aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat : quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

5 Gaius, III. §§ 131, 132 : In his enim, rei non litterarum obligatio consistit; quippe non aliter valeat quam si numerata sit pecunia...... Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere. — Unde proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed *numeratione pecuniæ* obligantur : quod genus obligationis juris gentium est.

étant expiré, le titre devenait vraiment une obligation littérale et se prouvant par elle-même[6].

II. — A l'obligation civile, agrandie par le droit des gens et le droit non-écrit, l'édit des Préteurs ajouta une seconde source, l'obligation Honoraire; et alors s'établit dans le droit romain une division essentielle entre les obligations CIVILES et les obligations PRÉTORIENNES[7].

Dans cette division se retrouvait encore la corrélation du droit civil et du droit prétorien, comme on l'a vu pour les successions et pour la propriété. Le Préteur par l'ÉDIT, émané de son pouvoir, par le DÉCRET, émané de sa juridiction, sanctionne ou impose des obligations qui prennent, dans l'ensemble du droit, une place régulière et correspondante à des contrats du droit civil[8]. Si le Droit

6 La constitution de Marc-Aurèle est dans le premier fragment du *Code Hermogenien : Ex cautione*, exceptionem non numeratæ pecuniæ non anni, sed *quinquennii* spatio deficere nuper censuimus. (Règle suivie dans le droit romain de la Gaule méridionale, comme le prouve l'interprétation qui accompagne le fragment.)

Inst. Just., III. 21. (*de Litter. oblig.*) : Plane si quis *debere* se scripserit quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post *multum temporis* exceptionem opponere non potest, hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit ut hodie, dum queri non potest, *scriptura obligetur* et ex ea nascitur condictio.

7 D. XLIV. 7. 52. Obligamur aut Lege, aut Jure Honorario...... (*Modest.*)

Omnium autem obligationum *summa divisio* in duo genera deducitur; namque aut *civiles* sunt aut *prætoriæ*.... quæ etiam *honorariæ* vocantur. (*Inst. Just.*, III. 13. 1.)

8 Videtur enim et debitum et quod jure prætorio debetur. (*D.* XIII. 3. 1. § 8. *Ulp.*)

Jure honorario obligamur ex his, quæ edicto perpetuo, vel magistratu fieri præcipiuntur, vel fieri prohibentur. (*D.*, XLIV. 7. 52. § 6. *Modest.*)

civil a ses contrats *nommés*, le Droit honoraire a aussi ses pactes prétoriens, nommés dans l'édit ou désignés par l'action qu'ils produisent. Nous allons suivre quelques instants, ici, le parallèle à l'égard des contrats parfaits, RE, VERBIS et CONSENSU.

1° Il y a des pactes prétoriens parfaits par la chose (*re perfecta*) :

Ainsi, les conventions du fils en puissance ou de l'esclave produisent obligation et action *de peculio* contre le père et le maître qui ont accordé un pécule; mais il faut qu'il y ait une *chose* dans le pécule, au moins au jour de la sentence, et que le père ou le maître en soit le détenteur réel pour être obligé. Le lien préexistant entre le père et le fils, le maître et l'esclave, ne pouvait pas donner force contre le père ou le maître à l'engagement du fils et de l'esclave. Le *vinculum juris* naît de l'édit; le père et le maître sont obligés, non par le droit civil, mais par le droit honoraire[9]; et l'obligation est subordonnée à la détention d'une chose dépendant du pécule[10].

On retrouve encore ce caractère réel dans l'action prétorienne *de in rem verso*, qui existe même en l'absence de tout pécule, contre le père et le maître, mais seulement pour la valeur des choses versées dans leur patrimoine,

9 Verba autem edicti talia sunt : « QUOD CUM EO QUI IN ALTERIUS » POTESTATE ESSET NEGOTIUM, ERIT. » (*D.*, XV. 1.)

Le père et le maître, *de peculio obstricti*, sont dits par Ulpien, honoraria actione, non jure civili obligati. (*D.*, XIII. 5. I. § 8.)

10 Filius-familias promittendo patrem civiliter non obligat. (*D.*, XLVI. 4. 8. § 4.)

par suite des conventions du fils et de l'esclave avec des tiers[11].

2° Il y a des pactes prétoriens parfaits par la parole (*verbis perfecta*) :

Ce sont les stipulations prétoriennes, qui ont lieu en vertu d'un décret du préteur[12].

Le décret du préteur, rendu en connaissance de cause, impose des obligations sous la forme de stipulations ou de promesses, qualifiées de stipulations prétoriennes, parce qu'elles partent de l'office même du préteur : telle est principalement la stipulation pour cause de dommage imminent, *damni infecti*[13]. Les stipulations prétoriennes doivent être demandées au magistrat, IN JURE[14]. Trois décrets interviennent dans la cause du dommage imminent : le premier ordonne que le propriétaire de l'édifice PROMETTE à son voisin, à titre de garantie, de réparer le dommage futur, et la promesse doit revêtir la forme de la STIPULATION. Si le propriétaire n'obéit pas, et refuse la promesse exigée, un second décret envoie le réclamant en possession provisoire des bâtiments qui menacent ruine, non pour lui donner les droits d'un possesseur, mais afin que la présence importune d'un gar-

11 D. XV. 3. 1....: Si *in rem* eorum, quod acceptum est conversum sit, quasi cum ipsis contractum videatur. (*Ulp.*)

L'action de *peculio* était purement annale ; l'action de *in rem verso* était perpétuelle. (*Id.*, I. § 1.)

12 Cum prætor *ut promitteres* decrevisset. (*D.*, XXXIX. 2. 44. *Afric.*)

13 Prætoriæ (stipulationes) sunt quæ a mero prætoris officio proficiscuntur, velut *damni infecti* vel legatorum. (*Inst.*, III. 18.)

14 Sous ce rapport, elles sont assimilées à des actions. (CUJAS, *ad Afric.*, *Tract.* IX. in § *cum postulassem.*)

dien détermine le propriétaire à répondre du dommage. — Si le propriétaire résiste toujours, alors un troisième et dernier décret constitue le demandeur possesseur juridique (*facit possessorem*) ; le propriétaire est expulsé de sa maison : le Préteur a rendu le voisin possesseur, à titre de maître, et lui a fourni l'occasion d'acquérir la propriété par *usucapion*; l'usucapion ajoute la propriété civile à la possession prétorienne[15].

La stipulation prétorienne s'exerce aussi en faveur des légataires à terme ou sous condition; l'héritier est obligé, sous forme de stipulation, de garantir l'acquittement du legs à l'échéance du terme, à l'événement de la condition.

Elle a lieu encore pour obliger le tuteur qui n'a pas été nommé par testament ou après enquête, et le curateur, quel qu'il soit, à donner caution de la bonne gestion des affaires du pupille, du mineur ou du furieux. Si le pupille ne pouvait pas lui-même stipuler de son tuteur, l'un de ses esclaves ou un esclave public stipulait de ce tuteur le cautionnement, en présence du Préteur[16].

Elle pouvait être admise dans d'autres cas prévus; et l'on retrouve toujours, dans les applications diverses, le

15 *Occasio* usucapionis est a magistratu vel a privato, *jus* a legibus. (CUJAS, *ad Afric.*, *ibid.*)

16 D., XLVI. 7 : Rem pupilli vel adolescentis salvam fore.

Si pupillus absens sit, vel fari non possit, servus ejus stipulabitur, si servum non habeat emendus ei servus est. Sed si non sit unde ematur aut non sit expedita emptio, profecto dicemus *Servum publicum apud prætorem* stipulari debere. (*L.* II.)

Pertinet autem hæc stipulatio ad omnes curatores. (*L.* IV. § 8. *Ulp.*)

caractère inhérent à la stipulation prétorienne, savoir, le principe de garantie[17].

3° Il y a des pactes prétoriens parfaits par le seul consentement (*consensu perfecta*).

Ainsi, le père ou le maître qui a donné l'ordre verbal, écrit, ou par message, de contracter soit spécialement soit généralement avec son fils en puissance ou son esclave, est obligé par son consentement à exécuter la convention faite, et se trouve soumis à l'action prétorienne, *quod jussu*[18].

Ainsi, le pacte de constitut (*de pecunia constituta*), par lequel un simple citoyen a promis de payer pour lui ou pour un autre, est suivi d'une action honoraire et personnelle du même nom ; elle correspond à l'action civile contre les banquiers du forum qui s'étaient chargés de payer pour quelqu'un[19].

Ainsi, le pacte de gage et d'hypothèque (*de pignore vel hypothecæ*), simple convention qui oblige la chose du débiteur, sans tradition et sans l'intermédiaire de la fiducie, produit, par le droit prétorien, l'action quasi-servienne

17 Et sciendum est omnes stipulationes natura sui CAUTIONALES ESSE. (*D.*, XLVI. 5. 1. § 4. *Ulp.*)

Cujas ajoute aux stipulations prétoriennes *damni infecti*, *legatorum*, *tutelæ*, les stipulations au double, en cas d'éviction, et les stipulations *de rato*, *vel rem ratam* habere. — Le Digeste contient encore d'autres exemples. (*Liv.* XLV. *tit.* 5. 6. 7. 8.)

18 Merito *ex jussu* domini in solidum adversus eum judicium datur : nam quodammodo cum eo contrahitur qui jubet. *Jussum* autem accipiendum est, sive testato quis, sive per epistolam, sive verbis, aut per nuncium, sive specialiter in uno contractu jusserit, sive generaliter. (*D.*, XV. 4. 1. *Ulp.*)

19 Action civile *receptitia*, qui s'exerçait contre les *argentarii*. (*Inst. Just.*, IV. 6. § 8.)

ou hypothécaire[20]. La convention d'hypothèque ne constitue ni un contrat du droit civil, ni un pacte légitime ou sanctionné par une loi spéciale : c'est un pacte prétorien tout à fait analogue au contrat consensuel[21]. — Et ce pacte, relativement à son effet obligatoire, a, de plus, un rapport très-important avec l'obligation civile des premiers temps. L'hypothèque, droit réel créé par le pacte prétorien, oblige immédiatement et suit la chose du débiteur, comme le contrat originaire du droit civil obligeait immédiatement et suivait la personne du débiteur. Le JUS NEXI avait passé, par l'imitation et l'application prétorienne, de la personne sur la chose; et de même que l'obligation primitive, produisant l'action personnelle, s'attachait à la personne engagée *jure nexi*, et conduisait à la vente du débiteur ou au droit de propriété sur sa personne; de même l'hypothèque, produisant l'action réelle, s'attachait à la chose directement obligée, *nexu obligata*, et emportait le droit de suivre, de vendre, et, par clause commissoire, de s'approprier la chose hypothéquée.

20 De pignore jure honorario nascitur pacto actio. (*D.*, II. 14. 17. § 2.) — Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit, nec possessio, ad creditorem. (*D.*, XIII. 7. 9.) — Item et quasi serviana quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capit. (*Inst.*, IV. §§ 7. 31.)

La qualification *formula hypothecaria* était appliquée, soit à la convention, soit à l'action, par GAIUS et MARCIEN, qui avaient fait des commentaires particuliers *ad formulam hypothecariam*. — Selon le président Brisson, *formula* est pris pour *actio*. (*De Form.*, IV. 44. p. 365.) — Sur le gage et l'hypothèque, voir *supra*, p. 141, et *infra*, liv. III.

21 Id scilicet est pignus quod traditione constituitur..., nam hypotheca quæ nudo pacto consistit, instituitur de jure prætorio... et *nomen* civile non habet aut legitimum, sed *prætorium*. (*Cujas*, *Cod.*, IV. c. 24.)

C'est donc ici l'un des plus grands effets de la corrélation qui s'est établie entre le droit civil et le droit prétorien. L'obligation civile, avec tous ses caractères, a été transportée, ainsi qu'on l'a dit, de la personne sur la chose; et quand l'idée du droit de propriété sur la personne du débiteur s'est effacée complètement des lois et des mœurs romaines, le droit d'appropriation sur le gage, par la clause commissoire, a été aboli et prohibé pour l'avenir. La fin de l'hypothèque n'a plus été la propriété de la chose pour le créancier, mais le paiement sur le prix; c'est-à-dire la libération de la chose obligée.

Ainsi, la convention, comme source première de l'obligation qui affecte la chose; — la réalité et l'indivisibilité du droit, comme principe de l'hypothèque; — le droit de suite sur la chose, comme moyen; — le paiement, comme fin de l'obligation; — en un mot, tous les caractères du droit hypothécaire tiennent à cette origine du pacte prétorien, mis en parallèle avec l'obligation primitive qui affectait la personne dans le droit civil de Rome. Par là s'explique la création d'un DROIT RÉEL par le seul consentement. Cette anomalie, qui paraît si choquante dans la théorie du droit romain, disparaît complètement sous l'influence de l'histoire du droit et de la doctrine, par la corrélation qui existe entre le Droit civil et le Droit prétorien, au sujet des obligations, comme au sujet de la propriété et des successions.

III. — Mais tous les pactes ne sont pas élevés au rang de pactes prétoriens, qui produisent par leur assimilation à des contrats réels, verbaux et consensuels, l'obligation et l'action honoraire. Le droit prétorien a fait son choix

parmi les conventions les plus utiles, les plus usuelles, et laissé les autres dans le vaste domaine du droit naturel et des gens. Ce sont ces conventions, non sanctionnées par le droit civil ou par le droit prétorien, qui forment la classe indéfinie des pactes nus (*nuda pacta*, *nudæ pactiones*), lesquels ne produisent ni action civile, ni action honoraire, mais une obligation purement NATURELLE.

Toutefois, le droit prétorien veut donner encore une garantie à la bonne foi, et il attache une EXCEPTION à cette obligation naturelle. Le préteur dit : « Je protégerai les pactes convenus : PACTA CONVENTA SERVABO. » — Dès lors celui qui a exécuté le pacte, et qui veut revenir contre son exécution par l'action civile en répétition (*condictio indebiti*), est repoussé par une exception ; ou celui qui a promis de ne pas réclamer une chose, une valeur (*pactum de non petendo*), est repoussé dans son action, à moins que le pacte ne soit entaché de dol, ou contraire aux lois, aux mœurs, à l'équité naturelle[22].

L'obligation naturelle, dérivant de conventions non classées parmi les obligations civiles ou honoraires, a donc, sous un premier rapport, une existence reconnue dans le droit, et les jurisconsultes romains ne l'ont jamais confondue avec les devoirs de l'ordre purement moral[23]. Accompagnée du droit d'exception, elle peut devenir la base légitime d'une novation, d'une com-

22 Ait prætor : « PACTA CONVENTA QUÆ NEQUE DOLO MALO, NEQUE ADVERSUS LEGES, PLEBISCITA, SENATUS CONSULTA, EDICTA PRINCIPUM, NEQUE QUO FRAUS CUI FIAT, FACTA ERUNT SERVABO. (*D.*, II. 14. 7. § 7.) *De Reg. jur.*, LXVI : Desinit debitor esse is qui nanctus est exceptionem justam.

23 Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. (*De Reg. jur.*, LXXXIV. § 1.)

pensation, d'un cautionnement, d'une hypothèque[24].

Les obligations naturelles ne naissent pas seulement des simples pactes; elles embrassent aussi, en second lieu, les conventions des personnes qui, à raison de leur âge, de leur sexe ou de leur qualité (les impubères, les femmes placées sous la puissance du père, du mari ou du tuteur) sont incapables de s'engager civilement. Leurs conventions restent dans l'ordre des *obligations naturelles*, destituées d'action civile ou honoraire, bien que l'engagement des personnes capables qui ont contracté avec elles ait toute la force du lien civil[25]; mais elles peuvent, comme obligations naturelles, servir de base à une novation, à un cautionnement, à une hypothèque, qui seront consentis par des personnes capables de s'obliger.

Ainsi, par les combinaisons successives du droit civil, du droit prétorien, du droit des gens, se forment trois classes d'obligations conventionnelles : l'obligation CIVILE

24 Pour la novation (*Dig.*, XLVI. 2. 1. (*Ulp.*) : Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem transfusio atque translatio.

Pour la compensation (*D.*, XVI. 2. 6. (*Ulp.*) : Etiam quod natura debetur venit in compensationem.

Pour le cautionnement (*Gaius*, III. § 119, *et Inst. Just.*, III. 21. § 1.) : Ac nec illud quidem interest utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adjicitur fidejussor.

Pour le gage et l'hypothèque (*D.*, XX. 1. 5.) : Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacumque obligatione... vel tantum naturali.

25 Inst., I. 21 : Ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

Il était reconnu que le pupille qui recevait de l'argent à titre de prêt, *mutuam pecuniam*, n'était pas obligé même *jure naturali*.

par la Loi des XII Tables; l'obligation HONORAIRE par le droit prétorien; l'obligation NATURELLE par le droit des gens, le droit prétorien et le droit civil réunis. — La triple division des obligations, désormais acquise à la science des jurisconsultes, sera fondamentale dans la théorie des obligations; elle est reconnue par Ulpien[26].

§ 2. — INFLUENCE DU DROIT NOUVEAU SUR L'EXÉCUTION ET L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS. — RESTITUTIONS IN INTEGRUM.

Le droit nouveau n'agit pas seulement sur les obligations elles-mêmes, il agit puissamment sur leur exécution et leur extinction. — Les modifications sont produites, et par des Lois ou formes spéciales, et par le Droit prétorien.

I. — La servitude personnelle du débiteur, qui était le gage primitif et le rigoureux accessoire de l'obligation civile à défaut de paiement, fut abolie par la loi PÆTILIA PAPIRIA DE NEXU, cent vingt ans après la promulgation des XII Tables, en l'année 427. Cette loi, comme toutes celles qui sont contraires aux mœurs d'un pays, éprouva des obstacles dans son exécution; mais son principe pénétra dans le droit civil.

L'obligation resta toujours un lien personnel, un lien de droit, mais elle cessa d'être un lien corporel. « Cette

26 D., XLVI. 2. 1. § 1. (Ulp.) : « Illud non interest qualis processit obligatio : utrum NATURALIS, an CIVILIS, an HONORARIA. »

D., XX. I. 5. (Marcianus) : Et vel pro CIVILI obligatione, vel HONORARIA, vel tantum NATURALI.

» année, dit Tite-Live, le peuple fut en quelque sorte » initié à une liberté nouvelle, par l'abolition de l'asser- » vissement pour dettes. L'impudicité et la cruauté de » l'usurier L. Papirius produisirent cette révolution dans » le droit [27]. » Le peuple s'émut aux plaintes du jeune Publilius, qui s'était livré aux mains du créancier de son père. Le Sénat ordonna aux consuls de proposer au peuple « que nul, hors le cas de crime, ne serait re- » tenu dans les chaînes; et que les BIENS, et non le CORPS » du débiteur, seraient assujettis à ses dettes[28]. » — Alors fut brisé, dit l'historien romain, ce lien puissant de la foi des contrats, INGENS VINCULUM FIDEI. Les débiteurs enchaînés furent mis en liberté[29]; et il fut établi qu'à l'avenir il n'y aurait plus d'emprisonnement pour dettes. « Le crime de Sextus, a dit Montesquieu, » donna à Rome la liberté politique; celui de Papirius y « donna la liberté civile[30]. »

27 Eo anno plebi romanæ velut aliud initium libertatis factum est quod ligari nexi desierunt : *mutatum* autem *jus* ob unius fœneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem. L. Papirius is fuit. (*Tit. Liv.*, VIII. 28.)

28 Lex Pœtilia Papiria, de Nexu : Jussi consules ferre ad populum, « ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec pœnam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur. Pecuniæ creditæ BONA debitoris non CORPUS obnoxium esset. » (*Tit. Liv.*, VIII. 28.)

29 Ita NEXI SOLUTI : cautumque in posterum ne necterentur. (*Id. ibid.*)

30 Esprit des lois, XII. ch. 21 : La loi ne vainquit pas de suite les habitudes : en 465, Veturius était contraint de se donner en servitude à C. Plotius, *nexum se dare*. Déchiré de coups par la main des esclaves, parce qu'il avait résisté à l'impudicité, il porta plainte aux consuls, et le sénat unanime ordonna que le créancier serait conduit en prison : *Hoc universi patres censuerunt.* (*Val. Max.*, liv. 6. n° 10.)

Les poursuites des créanciers s'adressèrent aux biens des débiteurs. Le mode le plus ancien d'exécution était celui attribué au préteur Rutilius, l'*Emptio bonorum*. Un des créanciers ou même un étranger se rendait acquéreur de l'universalité des biens du débiteur, à la charge de payer les divers créanciers intégralement, ou dans une proportion convenue d'avance avec eux; il pouvait agir comme l'héritier du débiteur [31].

Un autre mode fut l'envoi en possession, *Possessio bonorum* [32]. Les créanciers pouvaient directement obtenir du magistrat la possession des biens du débiteur. Des syndics (*Magistri*) étaient nommés pour en poursuivre la vente publique. L'édit du préteur ou du proconsul autorisait ces envois en possession, même dans les provinces. Cicéron nous apprend expressément qu'il avait établi dans son édit de Cilicie, comme disposition habituelle, la règle des envois en possession [33]. La vente publique, faite sous le nom du débiteur, s'il n'avait pas institué, en mourant, un esclave héritier nécessaire, emportait contre le débiteur insolvable la NOTE D'INFAMIE.

Malgré la loi Papiria l'emprisonnement des débiteurs,

31 Gaius, IV. § 35 : Similiter et bonorum emptor ficto se hærede agit. Les Institutes de Justinien, III. 12, emploient la qualification de *bonorum venditiones*. P. Rutilius Rufus fut consul en 645.

32 La *possessio bonorum* et la *bonorum possessio* ne doivent pas être confondues; cette dernière inversion s'appliquait exclusivement à la succession prétorienne.

33 Regulæ *de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis*, quæ ex edicto et postulari et fieri solent. (*Epist. ad Att.*, VI. 1. *Cic., edit. Leclerc*, XIX. p. 128.)

les rigueurs contre leur personne n'avaient pas complètement disparu, et par le décret du Préteur, sur l'envoi en possession des biens du débiteur, la honte s'attachait à la personne de l'insolvable. Jules César vint au secours des débiteurs de bonne foi, en portant la loi JULIA DE BONIS CEDENDIS [706]; loi d'abord faite pour Rome seulement, et puis étendue aux provinces [34]. Le débiteur faisait la cession de ses biens devant le préteur, en employant des paroles solennelles, et en protestant de son malheur ou de sa bonne foi, qui était appréciée par le magistrat [35] : plus tard, sous Théodose, les solennités furent abolies [36]. Les biens étaient vendus par l'ordre du préteur et l'intermédiaire des syndics nommés par les créanciers [37]. Si les biens ne suffisaient pas à l'acquittement des dettes, le débiteur n'était pas entièrement li-

34 « Leges Juliæ de bonis cedendis beneficium ad provincias porrectum est constitutionibus divorum nostrorum parentum, » disait l'empereur Dioclétien. (*Cod. Just.*, VIII. 71. 4.) — Une loi de Gratien et de Valentinien [379] excepta du bénéfice les débiteurs du fisc qui pouvaient être contraints dans leurs personnes. (*C. Theod.*, IV. 20. 11.) De même, dans les *Etablissements* de Saint-Louis, la contrainte par corps est autorisée pour les dettes du roi. Le ch. XXI cite la loi 3 au Code, *si adversus fiscum*. (*Collect. des Ord.*, I. p. 272.)

35 Justinien a conservé sans doute quelque chose de l'ancienne formule quand il a dit : « Cum solito more a nostra Majestate petitur, *ut ad miserabile cessionis bonorum homines veniant auxilium.* » (*C. Just.*, VII. 71. 8.)

36 In omni cessione sufficit solæ voluntatis sola professio [ann. 386]. (*C. Theod.*, IV. 20. 2.)

37 On suivait les formes de l'*emptio bonorum*. Les biens seulement étaient considérés comme biens d'homme vivant :..... *Item eorum qui ex Lege Julia bonis cedunt,* dit Gaius, qui ne parle pas ailleurs, dans ses Commentaires, de la loi Julia. (*Gaius*, III. § 78.)

béré[38]; le bénéfice de la cession était de l'affranchir de l'emprisonnement et de la note d'infamie. Jules César, par cette institution, avait donc fait plus que l'ancienne Loi Papiria, puisqu'il protégeait non seulement la liberté, mais l'honneur du débiteur malheureux et de bonne foi.

II. — Les modifications apportées par le Droit prétorien à l'exécution des obligations formaient la branche importante des RESTITUTIONS EN ENTIER, par rapport aux Majeurs et aux Mineurs de vingt-cinq ans.

Les causes générales de restitutions à l'égard des majeurs tenaient aux vices qui avaient affecté le consentement, principe essentiel de l'obligation, savoir, le dol, la violence, et ce que Paul appelait *une juste erreur*; elles tenaient aussi aux effets du changement d'état et de l'absence[39].

1° Le préteur Aquilius, que Cicéron appelle son collègue et son ami, établit la formule du dol rescisoire, *de dolo malo*. Il y avait dol, selon sa définition, lorsqu'une chose était faite en apparence et une autre en réalité[40]; mais cette notion convenait à la simulation plus qu'au dol; aussi fut-elle critiquée et repoussée bientôt par l'esprit sévère de Labéon, qui marqua le vrai caractère du dol en le définissant : « Toute finesse, tromperie, machina-

38 Cod. Just., VIII. 71. 1. [an 324] : Beneficium eis prodest tantummodo, ne judicati detrahantur *in carcerem*. (Ce qui suppose que l'usage de l'emprisonnement s'était maintenu, en fait, malgré la loi Papiria.)

39 Sive metu, sive calliditate, sive absentia, sive per status mutationem aut justum errorem. (*D.*, IV. 2. 1. 2. *Ulp. et Paul.*)

40 Quum esset aliud simulatum, aliud actum. (*Cic.*, *Off.*, III. 14. 15.) — C'était aussi à peu près la définition de Servius Sulpicius.

» tion employée pour circonvenir, entraîner dans l'erreur » et tromper une autre personne[41].» L'édit prétorien rendit, au surplus, la restitution pour cause de dol applicable à tous les cas de fraude, et reçut un caractère de généralité qui n'existait pas dans le droit primitif[42]. Il poursuivit le dol jusque dans l'intention frauduleuse qui faisait aliéner une chose en litige, pour rendre plus difficile la demande ou même la position de l'adversaire. Si, par exemple, pendant le litige, l'objet était vendu à un habitant d'une autre province, si l'esclave réclamé venait à être affranchi par le défendeur, si un héritage était vendu pour échapper à une action en partage; en un mot, toute innovation faite pendant le litige dans une intention de fraude, était prohibée et rescindée par le préteur[43]. L'état de la chose doit être fixé par le procès; c'est un principe de tous les temps. En cas d'infraction, il y avait action personnelle en dommages et intérêts contre l'auteur de l'aliénation, et, de plus, action pour la poursuite de la chose[44].

41 Omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita. — Labeonis definitio vera est, dit Ulpien. (*D.*, IV. 3. 1.)

42 Verbo Edicti talia sunt : « QUÆ DOLO MALO FACTA ESSE DICENTUR ; SI DE HIS REBUS ALIO ACTIO NON ERIT ET JUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, JUDICIUM DABO. (*D.*, IV. 3. 1. *Ulp.*)

43 D. IV. 7. 1 : *De alienatione, judicii mutandi causa, facta.* (*L.* 3. § 1. *et L.* 6. *Paul.*)

Ait prætor : QUÆVE ALIENATIO JUDICII MUTANDI CAUSA FACTA ERIT. Id est si futuri judicii causa, non ejus quod jam sit.

44 Tanti nobis in factum actione teneatur quantum nobis interest alium adversarium nos non habuisse. — Hæc actio non est pænalis, sed *rei persecutionem*, arbitrio judicis, continet, quam et hæredi dabitur et in heredem. (*D.*, IV. 7. 1. 4. § 2.)

2° Les plus anciens édits du Préteur portaient qu'il ne tiendrait point pour ratifié ce qui serait déterminé par la violence ou la crainte, QUOD VI METUSVE CAUSA. Dans la suite, l'édit prétorien mentionna seulement ce qui serait fait par crainte, QUOD METUS CAUSA, mais sans changer la nature de cette cause de restitution : il fallait que la crainte, faite pour agir sur un homme ferme, fût excitée ou par un acte de violence exercé ou par un acte de violence imminent contre la personne elle-même ou celle des enfants, et de nature à compromettre la vie, la pudicité, la liberté : la menace de servitude par la destruction, immédiatement possible, des titres de l'état libre était propre à inspirer une crainte suffisante[45]. La restitution, fondée sur la violence ou la crainte, pouvait être exercée, soit par action, soit par exception, lorsque les choses étaient accomplies ou lorsqu'elles étaient encore imparfaites, comme si la stipulation arrachée par violence n'avait pas été suivie de la numération des espèces. L'action pouvait n'être pas seulement personnelle[46] : elle était mixte, quand il y avait eu corps certain livré par crainte; elle était *in rem scripta :* elle suivait la chose dans toutes les mains; le vice de la violence s'y était

45 D. IV. 2 : Postea detracta est *vis* mentio, quia quodcumque vi atroci fit id metu quoque fieri videatur [L. 1]... Si quis vi compulsus aliquid fecit [2].... Vim atrocem accipimus. Metum, non quemque timorem, sed majoris malitatis [Labeo 5]... Metum qui merito et in hominem constantissimum cadat [6].... Ne stuprum patiatur vir seu mulier. Nihil interest in se quis veritus sit an, in liberis suis [8].... Si qui in carcerem quem detrusit ut aliquid ei extorqueret [22]..... Ego puto etiam servitutis timorem accipiendum [4].... Si qui instrumenta status mei interversurus est, nisi dem [8].

46 Sive perfecta, sive imperfecta sit et actio et exceptio detur. (*L.* 9. § 3.)

comme incorporé et ne se purgeait que par le retour de la chose même entre les mains du propriétaire [47].

3° La juste erreur était une troisième cause de restitution : on entendait par cette expression l'erreur de droit ou de fait que les circonstances rendaient comme inévitable pour l'homme même le plus prudent ; par exemple, la délivrance d'un legs porté par un testament, dans l'ignorance d'une autre disposition qui l'annulait ou le révoquait partiellement, ou l'obligation de donner une chose pour en tenir lieu [48]. — L'erreur qui tombait sur une qualité, sur un accident, même sur la valeur de la chose convenue, ou l'erreur accidentelle, n'était point une cause de restitution en faveur des majeurs de vingt-cinq ans [49]. Cette erreur ne portait point atteinte à la réalité du consentement donné au contrat en lui-même. Quant à l'erreur sur la substance du contrat, comme la vente d'une chose qui n'existait plus au moment de la convention, elle n'était pas une cause de rescision, mais de nullité. Dans les cas de dol, de violence, de juste erreur, il y avait un contrat apparent, un objet sur lequel il reposait ; dans le cas d'erreur substantielle, il n'y avait

47 Volenti autem datur *et in rem* actio et in *personam*...... Cum autem hæc actio *in rem sit scripta*, nec per personam vim facientis coerceat, sed *adversus omnes restitui velit*..... (*D.*, IV. 2. 9. §§ 4. 8. *Ulp.*)

48 Paul., Sent., I. 7, et Cujacii Interpret. ad Sent.— Instit. Just. IV. 6. 33 : Si tam magna causa justi erroris interveniebat ut etiam constantissimus quisque labi possit — *D.*, IV. 11 : prætor hominibus vel *lapsis*, vel circumscriptis subvenit.

49 La lésion d'outre-moitié dans la vente, en faveur du vendeur, n'a été admise dans le droit romain que par une loi de Dioclétien. (*Cod. Just.* IV. 44. 2.)

pas d'objet sur lequel pût porter l'accord des volontés ou le consentement. Ceux qui se trompent de cette manière ne paraissent pas consentir : NON VIDENTUR CONSENTIRE QUI ERRANT (de R. J. 116). Il n'y avait pas un consentement, un lien apparent, dont le secours du préteur pût seul affranchir ou dégager; le contrat était non existant, il était nul ou non avenu.

Alors s'établit, dans la jurisprudence romaine, une distinction radicale entre les nullités de droit et les annulations par voie de rescision ou de restitution. — Les nullités qui tenaient, soit à la forme extrinsèque des actes soumis aux solennités de la Loi, soit à l'erreur sur la substance des contrats, avaient lieu DE PLEIN DROIT et sans être prononcées par le juge : la stipulation était réputée inutile. La partie intéressée pouvait revendiquer comme *sienne* la chose livrée ou la somme payée en vertu de ce titre nul; et si elle ne l'avait pas livrée, elle pouvait opposer perpétuellement la nullité [50]. — La rescision, au contraire, ou la restitution en entier, était demandée au préteur, et n'intervenait jamais que par le pouvoir du magistrat [51]. Le préteur accordait, en connaissance de cause, et en présence de l'adversaire, le droit de se faire restituer au même état que s'il n'y avait pas eu de convention. Mais il ne prononçait pas la restitution, et il renvoyait devant le juge l'appréciation du

50 Cujas, Obs., sur la loi 7, *dolo malo*. — Furgole, testament, III. nº 116. — Toullier, t VII. nº 479. — M. Duranton, t. XII. nº 520. — M. Troplong, Vente, t. II. nº 685.

51 Ex hoc edicto, nulla proprie actio vel cautio proficiscitur. Totum enim pendet ex prætoria cognitione. (*D.*, IV. 4. 24.)

dol, de la violence, ou des autres faits qui fondaient la demande ou l'exception en restitution. — Le magistrat auquel le pouvoir, POTESTAS, était délégué, le préteur à Rome, dans les provinces le proconsul ou le président, pouvait seul accorder la restitution, dans l'année utile[52]. Le juge qui aurait eu seulement la juridiction, et non l'*imperium*, comme le Juge Municipal dans les cités, ne pouvait prononcer de lui-même, et sans autorisation, la restitution en entier[53].

Cette différence, toutefois, entre les moyens de rescision et les nullités de plein droit, cessait d'exister à l'égard de certains contrats. Le dol, la violence, la juste erreur étaient, par rapport aux contrats du Droit civil, des exceptions du Droit prétorien : il fallait le pouvoir du préteur, pour rescinder les contrats formés selon la loi. Les contrats du droit des gens, la vente, le louage, le mandat, la société, avaient passé dans le droit civil, mais en conservant leur caractère de contrats consensuels et de bonne foi. Le dol, la violence, furent considérés, par rapport à ces contrats du droit des gens, comme des nullités de plein droit, parce que rien n'est plus contraire à la bonne foi, au vrai consentement, que le dol ou la crainte. L'intervention directe du préteur

52 Depuis Constantin, le temps utile de la restitution fut à Rome de cinq ans, de quatre ans en Italie, de trois ans dans la province. — Justinien établit le délai uniforme de quatre ans, sauf pour le cas de *dol*, qui devait être poursuivi dans les deux ans.

53 Cujas, in IV lib. Codicis (lib. II. cap. 35), t. X. p. 633 (*édition Fabrot.*). De là est venu en France l'usage des *lettres de rescision*, que l'on obtenait de la Chancellerie et qui n'ont été abolies qu'en 1790.

n'était pas nécessaire; la convention manquait par son principe. Il y avait nullité immédiate, *mero jure* ; et par conséquent, le vendeur, le locateur, etc., pouvaient revendiquer la chose livrée, ou s'il n'y avait pas encore eu tradition, ils pouvaient opposer perpétuellement la nullité devant le juge, qui alors seulement appréciait la vérité des faits et des moyens[54].

4° Le droit prétorien, qui restituait les débiteurs apparents contre les effets d'une obligation purement civile viciée dans son principe, le consentement, étendit aussi sa protection sur les créanciers, dont les droits périssaient par le changement d'état de leur débiteur et une application trop rigoureuse de la Loi des XII Tables. On a vu plus haut que l'obligation attachée à la personne civile du débiteur s'éteignait même par la petite diminution de tête. La femme *sui juris* qui passait sous la puissance maritale, le père de famille qui était reçu en adrogation, cessaient d'être obligés par leur engagement préexistant, et l'obligation réputée toute personnelle ne retombait ni sur le mari, ni sur l'adrogeant: elle était anéantie. Le préteur restituait les créanciers contre l'injuste effet d'une situation nouvelle dans la famille, et maintenait équitablement le lien de l'obligation comme lien personnel et supérieur à la volonté du débiteur[55]. L'action utile qu'il accordait donnait le droit d'agir

54 Cujas dit : « Regula est certissima, quia nihil est tam contrarium bonæ fidei quam dolus aut metus. » (*Cujas*, *in leg*. 36, *de verb. Obligat.*)

55 Gaius, IX. § 38 : Ne in potestate ejus sit jus nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis rescissa capitis de-

comme s'il n'y avait pas eu modification dans l'état de la personne; et, sous ce rapport, la petite diminution de tête était rescindée. Le grand et le moyen changement d'état éteignaient seuls l'obligation civile dans la personne du débiteur, parce qu'ils effaçaient la qualité d'homme libre ou de citoyen : le créancier ne pouvait exercer ses poursuites contre la personne, qui n'était plus aux yeux de la cité; mais il avait action contre ceux aux mains desquels parvenaient les biens de l'ancien débiteur[56].

5° Le droit prétorien étendit aussi sa protection sur ceux qui avaient l'excuse d'une absence légitime ou nécessaire. Ils pouvaient, dans l'année de leur retour, se faire restituer contre la perte de leurs droits ou de leurs biens. Ainsi, celui qui était absent pour le service de la République ou au pouvoir de l'ennemi, pouvait faire rescinder l'usucapion acquise à son préjudice; et réciproquement le citoyen présent, au préjudice duquel s'était accomplie une usucapion commencée avant et achevée pendant l'absence d'un autre citoyen, qui n'avait laissé personne pour le représenter, pouvait se faire restituer, dans l'année du retour, contre l'accomplissement de l'usucapion. Dans l'un et l'autre cas, l'usucapion était égale-

minutione, id est in qua fingitur capitis deminutionem non esse. — Ait prætor : QUI QUÆVE POSTEAQUAM QUID CUM HIS ACTUM, CONTRACTUMVE SIT, CAPITE DEMINUTI DEMINUTÆVE ESSE DICENTUR, IN EOS EASVE PERINDE QUASI ID FACTUM NON SIT, JUDICIUM DABO. (*D.*, IV. 5. 2.)

56 Cæterum sive amissione civitatis, sive libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum : neque possunt hi conveniri : dabitur plane in eos ad quos bona pervenerunt eorum. (*D.*, IV. 5. 2. *Ulp.*)

ment rescindée, et l'ancien maitre rétabli dans l'exercice des actions et des droits de propriété[57].

En résumé, la restitution *in integrum*, en faveur des majeurs, agit sur les obligations apparentes et de droit civil pour les annuler; sur les obligations éteintes en droit civil, pour leur rendre la force; sur le domaine acquis par un moyen de droit civil, pour le rendre à l'ancien propriétaire.

II. — Mais la restitution en entier avait encore, à l'égard des Mineurs, une plus vaste application.

Le préteur accordait aux Mineurs de vingt-cinq ans la restitution en entier, pour CAUSE DE LÉSION.

Ici se présente naturellement le tableau des phases successives du droit civil, relativement aux engagements des mineurs impubères et pubères; les présenter séparément serait les obscurcir.

La Loi des XII Tables avait constitué la tutelle des impubères. L'état de pupillarité finissait à l'âge de puberté, qui dépendait d'abord du progrès de la nature en chaque individu, et qui fut ensuite fixé à douze ans pour les femmes, à quatorze ans pour les hommes. Pendant la durée de la tutelle, le pupille de la première enfance, qui n'avait pas encore le discernement des choses utiles, était absolument incapable de contracter par lui-même. Il était représenté par son tuteur, qui alors *gérait l'affaire*. Mais le pupille qui avait le discernement des choses, *affectum rei*, selon l'expression de Papinien,

57 D. IV. 6. 1. 21. — Ait prætor :... Quam clausulam prætor inseruit ut quemadmodum succurrit supra scriptis personis, ne capiantur, ita et adversus ipsas succurrit ne capiant. ( *Ulp.* — *Inst. Just. de actionibus*, IV. 6. 5. )

était capable de tous les actes, avec l'intervention de son tuteur[58]. Le tuteur ne stipulait pas pour le pupille, ne gérait pas l'affaire; il assistait le pupille, *auctor erat;* il complétait sa capacité, véritable sens des mots TUTORIS AUCTORITAS[59]. — Le pupille pouvait, cependant, figurer dans un contrat sans l'assistance de son tuteur, et rendre sa condition meilleure. Alors il ne s'obligeait pas *civilement* par le contrat, mais il obligeait les autres envers lui; et l'obligation, quant à sa personne, restait dans les termes d'une obligation *naturelle*, qui pouvait donner lieu à fidéjussion et autres obligations accessoires[60]. Il était libre de regarder la convention comme non avenue, et il avait l'action en revendication, pour ressaisir la chose qu'il aurait livrée en vertu de la convention.

Si cependant il était prouvé que le prix ou la chose reçue avait tourné à son avantage, il ne pouvait s'enrichir aux dépens d'autrui; et quand il revenait contre l'exécution du contrat, il était obligé de rendre ce qui n'était pas consommé, ce qui avait tourné à son profit.

58 L'enfance proprement dite s'étendait jusqu'à sept ans. — L'âge voisin (*infantiæ proximus*) s'étendait, selon les interprètes, jusqu'à dix ans. — L'âge voisin de la puberté s'étendait de dix ans jusqu'à quatorze.

L'enfance et l'âge voisin de l'enfance étaient sur la même ligne, quant au droit. — Le pupille, *pubertatis proximus*, de dix ans à quatorze ans, avait capacité d'agir sous certaines conditions.

59 *Augere, auctor, auctoritas*, selon les interprètes. (*Voir Vinnius*, *MM. Ducaurroy et Ortolan*, *tit. de Tut.*)

60 Inst., I. 21 : Placuit meliorem suam conditionem licere eis facere. — Nascitur enim obligatio *naturalis* ex fide quam minor præstitit nec efficere potest prætor, ut sit infectum quod factum est, aut non convenisse de eo quod convenerit.(*Avcranius*, *Interpr. Juris*, II. 9. 10.)

ou de Vespasien reposait sur le terrible motif que souvent les fils, chargés de dettes, se préparaient secrètement au parricide[67] !

Le Droit prétorien prit pour limite de la minorité l'âge de vingt-cinq ans, fixé par la loi Lætoria, et il accorda un nouveau secours aux mineurs pubères, la Restitution en entier : elle était accordée par le Préteur en connaissance de cause, lorsque le mineur était lésé. Là s'applique avec justesse la règle que le mineur est restitué, non comme mineur, mais comme lésé : *Restituitur minor non tanquam minor, sed tanquam læsus.* La loi Lætoria n'avait accordé secours qu'en certaines circonstances : le Droit prétorien accordait la restitution dans tous les cas où il y avait lésion, ou même erreur sur des qualités purement accidentelles de l'objet du contrat[68]. Le bénéfice de restitution s'étendait à tout, vente, donation, usucapion, paiement, transaction, adition ou abstention d'hérédité[69].

67 Verba senatusconsulti hæc sunt : CUM INTER CÆTERAS SCELERIS CAUSAS.... ÆS ALIENUM.... ET SÆPE MATERIAM PECCANDI MALIS MORIBUS PRÆSTARET. (*D.*, XIV. 6. 1.)

Les Institutes de Justinien disaient avec Ulpien : Quæ ideo senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum quas in luxuriam consumebant VITÆ PARENTUM INSIDIABANTUR. (IV. 7. § 7.)

68 Cum de bonis eorum aliquid minuitur..... si emit, vendidit.... et *captus* est. (*D.*, IV. 4. 6. 7.)

69 Cujas l'étend même au cas d'exclusion d'hérédité pour cause d'indignité, pour n'avoir pas vengé la mort du défunt. (*Recitat. ad* IV. *lib. Cod., ed. Fabrot., tom. ult.*). Mais cela est douteux, car il s'agissait d'une sorte de *délit*. — Ce qui est certain, c'est que l'interprétation de Cujas n'était pas conforme à l'histoire du droit romain dans les Gaules : l'exclusion prononcée contre les enfants de Sadragerit, comte de Bordeaux, en vertu de la loi romaine, en est la preuve (Voir notre livre III.)

La restitution *in integrum*, qui d'abord n'était instituée qu'en vue des mineurs pubères, fut dans la suite étendue aux impubères. — Originairement, les contrats des pupilles, consentis avec les formes légales, et sous l'autorité du tuteur, étaient inattaquables. Le pupille, lésé par la convention, n'avait point d'action contre les tiers; il avait seulement action contre son tuteur, *judicium tutelæ;* mais si le tuteur était *insolvable*, le droit prétorien accordait la restitution *in integrum* au pupille contre la partie contractante[70].

Le droit civil de la République, y compris le droit prétorien, laissait aux tuteurs et curateurs la faculté d'aliéner et d'hypothéquer les biens des pupilles et des interdits, sous leur propre responsabilité; mais s'il y avait insolvabilité, et par conséquent responsabilité illusoire, le bénéfice de la restitution prétorienne protégeait encore le pupille ou le mineur, en autorisant son action contre les tiers détenteurs.

Le droit postérieur, sous l'Empire, défendit aux tuteurs et curateurs l'aliénation des fonds de terre appartenant aux pupilles et mineurs, *prædia rustica et suburbana*, ce qui ne comprenait pas les maisons situées dans les villes. L'aliénation ou l'hypothèque ne fut permise que de l'autorité du préteur ou du magistrat, et seulement dans le cas de nécessité, quand il s'agissait de payer les

70 Si res *pupillaris* vel adolescentis distracta fuerit quam lex distrahi non prohibet, venditio quidem valet : verumtamen si grande damnum pupilli vel adolescentis versatur, etiamsi collusio non intercessit, distractio per in integrum restitutionem revocatur. (*D.* IV. 4. 49. — *Vinnius*, *Inst.*, II. 8. *Com.* — *Ducaurroy*, tom. I. p. 413.)

dettes du pupille ou du mineur[71]. Si le préteur avait été trompé, si l'autorisation lui avait été surprise, le pupille ou le mineur avait l'action personnelle contre le tuteur ou curateur, et l'action réelle pour revendiquer la chose[72]. — Sous Justinien, la garantie contre la restitution fut étendue en faveur de ceux qui avaient payé leurs dettes aux pupilles assistés de leur tuteur; mais il fallait qu'une sentence du juge eût autorisé le paiement : dans ce cas seulement, il y avait parfaite sécurité[73].

De cet ensemble de vues résulte, dans le droit romain, une théorie qui a été reproduite par les lois et les jurisconsultes modernes, et qui peut se ramener aux résultats suivants :

En premier lieu, les mineurs soumis à la tutelle (les impubères), avaient contre leurs engagements deux voies d'annulation formellement reconnues par les anciens jurisconsultes Ofilius, Labéon, et confirmées par la doctrine d'Ulpien[74] : 1° la nullité de plein droit, *mero jure*,

71 Constitution de Sévère. (*Oratio.*) D., XXVII. 9. 1. et L. 3. § 1 : Non ex tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex magistratuum auctoritate.

72 Manet actio pupillo, si postea poterit probare obreptum esse prætori; sed videndum est utrum *in rem* an in personam dabimus ei actionem, et magis est *ut in rem detur,* non tantum in personam adversus tutores, sive curatores. (*D.*, XXVII. 9. 5. § 15.)

73 Sed judex pronuntiaverit et debitor solverit; sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas. (*Cod. Just.*, V. 37. 25. *Inst.*, II. 8. § 2.)

74 In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si COMMUNI AUXILIO ET MERO JURE munitus sit, non debet ei tribui extraordina-

si le pupille, dans ses divers engagements, n'était pas autorisé de son tuteur, ou s'il y avait nullité pour d'autres vices intrinsèques ou extrinsèques, *ubi contractus non valet;* 2° la voie de restitution en entier devant le magistrat, *causa cognita*, si le pupille avait légalement contracté avec l'assistance de son tuteur, mais éprouvé *une lésion*, par l'effet du contrat et par suite de l'insolvabilité du tuteur.

En second lieu, le mineur de vingt-cinq ans, pubère et non furieux ou prodigue, possède généralement la capacité civile de contracter : il peut agir aussi par voie de nullité, s'il se trouve dans un cas de droit commun, et par voie de rescision ou restitution, s'il a éprouvé une lésion ; mais il ne peut, comme le pupille, demander la nullité pour le seul défaut d'autorisation d'un curateur (qu'il en soit ou non pourvu). C'est dans ce sens, et par rapport à lui, qu'il faut entendre la maxime NON TAMQUAM MINOR, SED TAMQUAM LÆSUS. Cette maxime serait absolument fausse en droit romain, si on l'appliquait à l'impubère, au pupille, et si l'on disait : NON TAMQUAM PUPILLUS, SED TAMQUAM LÆSUS. C'est de la confusion des deux époques bien distinctes de la minorité

rium auxilium : ut puta, cum pupillo contractum est SINE TUTORIS AUCTORITATE, nec locupletior factus est. — § 1. Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit, vel etiam donationis causa nec inter majores quidem, et ideo *cessare* partes prætoris; idem et Ofilius respondit : Satis enim *ipso jure* munitus est. Pomponius quoque refert.... § 3 : Et generaliter probandum est *ubi contractus non valet*, pro certo *prætorem se non debere interponere.* (*D.*, IV. 4. 16. *Ulp.*)

romaine qu'est venue l'obscurité, dont une pratique inintelligente a quelquefois entouré l'axiôme de droit que nous avons rappelé.

En troisième lieu, le magistrat étant intervenu pour accorder une autorisation légale au fond, et non surprise par fraude, toute voie de recours était fermée aux pupilles et aux mineurs de vingt-cinq ans[75].

75 Cujas a très-nettement marqué la théorie des *nullités* et des *rescisions*, dans ses *Recitationes in quatuor libros codicis* : « Si adolescens *ipso jure* munitus sit, si contractus *quo jure non valeat*, ut puta si *sine tutoris auctoritate* celebratus sit, *ubi ea exigitur*...... Evidentissimum est in his causis *non esse necessariam restitutionem in integrum. (Edit. Fabrot. tom. ult.*, p. 633.)

M. Toullier s'est rattaché à la doctrine romaine dans sa Théorie des nullités, sans lui donner peut-être une démonstration suffisante. Les développements de Cujas sont le complément naturel de sa dissertation.

Merlin (*Questions de droit*, *vo hypoth.*, § iv. t. 3. p. 414), dit que notre Code civil a établi, à l'égard de la nullité et de la rescision des actes des mineurs, une législation toute nouvelle. C'est une erreur péniblement soutenue par les termes de l'art. 1305, combiné avec l'art. 484 du Code. — M. Proudhon (*de l'Etat des personnes*), et son savant annotateur M. Valette (3e *édit.*, t. ii. p. 473-489 *et suiv.*), M. Troplong (*Hypoth.*, t. ii. no 492. — *Vente*, nos 566-685), ont adopté la doctrine du droit romain. MM. Duranton et Demante, après s'en être écartés, s'en sont de plus en plus rapprochés. La Cour de cassation (*arrêt* 18 *juin* 1844) a récemment adopté une doctrine intermédiaire : elle admet la distinction entre les actions en nullité et en rescision, mais elle n'admet pas l'action en nullité, quand il y a seulement absence de l'autorisation du tuteur. En statuant dans une espèce très-favorable, où il s'agissait d'un contrat pour remplacement à l'armée, fait par un mineur non autorisé, elle a repoussé la demande en nullité fondée par le mineur sur le défaut d'autorisation. Mais, sans rejeter ou modifier la doctrine si rationnelle du droit romain, la Cour ne pouvait-elle pas appliquer à la cause un autre prin-

Tel est le système des Restitutions en entier, par rapport aux majeurs, et par rapport aux mineurs de vingt-cinq ans, soit impubères, soit pubères.

L'équité du préteur a pénétré dans tous les replis du droit civil et dans toute la profondeur des intentions de l'homme, pour porter secours où le sentiment de la justice pouvait être blessé; mais dans la crainte religieuse que quelque cause de restitution n'eût échappé à son analyse, à ses investigations, le Préteur couronne toute sa théorie en déclarant, à la fin de l'Édit, que s'il se présentait, en dehors des causes mentionnées, une juste cause de rescision, il accorderait la restitution en entier : « ITEM SI QUA ALIA MIHI JUSTA CAUSA VIDEBITUR, IN INTEGRUM RESTITUAM [76].

cipe de ce droit; savoir, que le mineur peut faire sa condition meilleure sans autorisation de son tuteur? — Il nous semble que c'était le principe vraiment applicable.

Quelle que soit la solution sur cette question spéciale, on doit reconnaître que le Code civil a adopté les points fondamentaux de la théorie romaine :

1° La nullité, à défaut d'autorisation du tuteur, ou à défaut des solennités spéciales réclamées pour certains actes. (*Art.* 1304).

2° La rescision pour lésion (sans qu'il y ait toutefois aucune condition d'insolvabilité de la part du tuteur.) (*Art.* 1305.)

3° L'effet définitif des actes concernant les mineurs, quand il y a intervention de la justice. (*Art.* 1314.)

4° Le droit du mineur de faire sa condition meilleure, sans l'intervention de son tuteur, à moins qu'il ne s'agisse d'acquisitions *per universitatem,* qui entraînent l'obligation d'acquitter des dettes et charges *ultra vires.* (En France, l'acceptation serait toujours censée sous bénéfice d'inventaire.)

76 D., IV. 6. 26. § 9. Et Ulpien ajoute : Hæc clausula edicto inserto est necessaria : multi enim casus evenire potuerunt ut quotiens ÆQUITAS restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum.

# SECTION V.

## INSTITUTIONS ET ACTIONS JUDICIAIRES, SOUS LA LOI DES XII TABLES ET LE DROIT PRÉTORIEN.

---

### SOMMAIRE.

§ 1. — *Organisation judiciaire, et Compétence des Tribunaux ou des Juges de l'ordre civil.*
- I. — *Tribunal des Centumvirs.*
- II. — *Juge* (judex privatus).
- III. — *Arbitre* (arbiter honorarius).
- IV. — *Récupérateurs à Rome et dans les Provinces.*
- V. — *Voies de recours ou d'opposition. — Droit d'intercession des Magistrats. — Différence des jugements légitimes et des jugements soumis à la durée de la magistrature* (judicia legitima et judicia quæ in imperio continentur).

§ 2. — *Procédure ordinaire sous la Loi des XII Tables et sous le Droit Prétorien.*
- I. — *Actions de la Loi* (legis actiones). — *Appel en Justice et engagement de comparaître devant le magistrat* (vocatio in jus. — Vadimonium).
- II. — *Procédure* formulaire ; *lois* OEbutia, Juliæ judiciariæ. — *Liens entre les deux systèmes.*

§ 3. — *Procédure au possessoire sous la Loi des XII Tables et le Droit Prétorien.*
- I. — *Possession provisionnelle* (lis Vindiciarum).
- II. — *Interdits possessoires.*

§ 4. — *Distinction des jugements* ordinaires *et des jugements* extraordinaires.

§ 5. — *Chose jugée ; son autorité.* — Litis-contestatio. — *Action* judicati ; *Exception* rei judicatæ. — *Moyens d'exécution.*

§ 1er. — ORGANISATION JUDICIAIRE ET COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX ET DES JUGES DE L'ORDRE CIVIL.

Le système judiciaire, né de la Loi des XII Tables, modifié par des lois spéciales, développé et perfectionné par l'intervention Prétorienne, s'est maintenu jusqu'à l'empereur Dioclétien; il a régné pendant plus de six siècles; il a traversé toute la Période florissante des Jurisconsultes. — Et lorsque l'institution, fondée sur la séparation du Magistrât et du Juge, de la procédure IN JURE et de la procédure IN JUDICIO, a cessé d'être, tout n'a pas été entraîné dans cette révolution.

L'institution judiciaire, considérée dans l'organisation et la compétence de ses branches diverses, a disparu en grande partie; mais elle a laissé une trace précieuse dans les juridictions des Cités provinciales, qui ont retenu les *Judices Pedanei*. — Et les distinctions qui s'étaient établies entre le droit et le fait, entre les actions réelles et personnelles, directes et utiles, de droit strict et de bonne foi, en nullité ou en rescision, ont survécu aux formes juridiques, et sont entrées dans le droit commun des nations sorties du démembrement de l'Empire romain.

Il faut donc revenir sur cette antique institution, qui embrassait l'Organisation judiciaire, la Compétence, la Procédure, et qui contenait en elle des formes, périssables sans doute, mais profondément combinées avec les principes dérivés de la nature des choses. — Il faut tâcher de la ressaisir et de la représenter dans son ensemble, en nous plaçant d'abord au point de vue de l'or-

ganisation et de la compétence, deux choses qui s'unissent intimement dans les idées romaines.

Le Préteur de la Ville était le magistrat investi de la juridiction, depuis l'an de Rome 387. La juridiction se caractérisait par ces trois mots, DO, DICO, ADDICO, qui exprimaient le droit de donner le Juge, de dire la Formule, d'adjuger, en certains cas, les biens[1]. La juridiction du magistrat n'était point limitée par la nature des affaires; mais les attributions de sa charge étaient fixées par des principes de droit public, et il ne pouvait les méconnaître ou les dépasser par des excès de pouvoir, sans encourir la responsabilité imposée aux magistrats qui violaient la majesté du peuple romain; responsabilité qui fut sanctionnée successivement par les lois CORNELIA et JULIA MAJESTATIS[2]. Si donc le Préteur avait la plénitude de juridiction, par rapport à la nature des affaires, il exerçait cependant une juridiction mesurée par certaines attributions; et par conséquent, il n'avait pas, sous ce rapport, la plénitude de compétence[3].

1 Cujas, ad tit. XIX. Ulp.: Tribus verbis omne officium prætoris continetur, *do*, *dico*, *addico*. Dat judices, dicit jus, addicit, exempli gratia, in cessionibus. Addicit bona libertatum conservandarum causa. (*Inst.*, III. 12.)

2 Hoc in illo majestatis judicio si *licuisse* sibi ostenderit, ego concedam. (*Cic., in Verr.*, I. 5.) — Voir l'*Essai sur les lois criminelles des Romains*, par M. Ed. Laboulaye, liv. II. ch. 16. p. 266.

3 Zimmern, dont l'opinion, sous un autre aspect de la compétence, nous paraît très-contestable, dit très-bien, au sujet du magistrat: « D'après l'esprit de la constitution romaine, ce n'était pas par la *na-* » *ture des affaires* qu'était déterminé le cercle dans lequel s'exerçait la » compétence des magistrats.» (*Théorie des Act.*, § XXVI. *Trad. de M. Etienne.*)

Le Préteur *peregrinus*, institué depuis l'an 507 pour administrer la justice entre les citoyens et les étrangers, était, dans le cercle plus étroit de ses fonctions et de sa compétence, investi des mêmes prérogatives que le Préteur Urbain : égal en pouvoir pour publier l'édit à l'entrée de sa charge, il était égal aussi en droit de juridiction. Le même pouvoir, la même juridiction, appartenaient au Propréteur, au Proconsul, au Président dans les provinces, quand Rome s'étendit au loin par ses conquêtes.

A Rome, le Préteur de la Ville était le représentant des Consuls absents, le président du Sénat et des Comices, le chef de l'administration de la Justice; mais il pouvait être suppléé par son collègue, le Préteur des étrangers.

Au dessous d'eux étaient les Tribunaux ou les Juges qui concouraient à la distribution des jugements, et formaient les divers éléments de l'Institution judiciaire.

Les tribunaux et les juges se divisaient en quatre branches :

Les CENTUMVIRS ;

Le JUDEX ;

L'ARBITER ;

Les RÉCUPÉRATEURS.

Nous devons examiner séparément ces branches différentes, en déterminant leur organisation et leur compétence, ainsi que leurs rapports avec la nature et la diversité des actions.

I. — TRIBUNAL DES CENTUMVIRS. — Denys d'Halicarnasse rapporte que Servius Tullius créa des juges pour

décider les procès des particuliers. « Je ne doute pas, dit » Niebuhr, qu'il ne soit question ici de la création des » centumvirs[4]. » Il y avait trois juges par chaque tribu. Quand les tribus furent portées, en 512, au nombre de trente-cinq, il y eut cent cinq juges : de là, selon Festus, le nom de centumvirs[5]. Cette représentation de chaque tribu par trois juges, qui indique une égale proportion du nombre des juges avec le nombre des tribus primitives ; de plus, le symbole de la lance dressée devant le tribunal et qui donnait son nom au tribunal même, CENTUMVIRALIS HASTA, annoncent certainement une institution d'une très-ancienne origine[6].

Les centumvirs étaient élus annuellement par les tribus, mais dans l'ordre sénatorial. L'institution était plébéienne par le principe d'élection, et aristocratique par le principe d'éligibilité. Les patriciens avaient voulu conserver leur supériorité par la connaissance et l'application exclusive du droit civil[7]. Caius Gracchus, dans ses

4 Denys d'Halic., IV. 25. Niebuhr., Hist. rom., II. p. 168. Zimmern, § 14. note 12. M. Bonjean, Traité des Actions, t. 1. § 84.

5 Festus, vº *centumviralia judicia* : « Nam quum essent Romæ triginta et quinque tribus quæ et curiæ sunt dictæ, terni ex singulis tribubus sunt electi *ad judicandum*, qui centumviri appellati sunt : et, licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti. (*Edit. Muller*, p. 54.)

6 Pomponius, Orig. Jur., § 29 : « Magistratus qui HASTÆ præesset. » Quintilien dit aussi, pour indiquer deux sections : *duæ hastæ*. (*Inst. Orat.*, V. 2.)

Suetone dit : *Centumviralis hasta*. (*Lib.* II. *nº* 37.)

7 Cic., de Orat., I. 41 : Quia veteres illi, qui huic scientiæ præfuerunt, obtinendæ atque augendæ potentiæ suæ causa pervulgari artem suam noluerunt.

plans de réforme, investit les chevaliers seuls du droit de siéger comme juges dans les tribunaux [631]; Sylla rétablit les sénateurs dans leur antique prérogative [674]. La loi *Aurelia judiciaria*, proposée par le préteur Cotta, partagea le droit de juger entre les sénateurs, les chevaliers, les tribuns du Trésor [687].

Jules César, à son retour des Gaules, enleva ce droit aux tribuns du Trésor et le laissa aux chevaliers, ainsi qu'aux sénateurs, pris par lui dans toutes les classes et portés au nombre de neuf cents [708][8].

Le tribunal des Centumvirs était permanent. Il se divisait en quatre Sections, qui jugeaient tantôt séparément, tantôt au nombre de deux, et quelquefois SECTIONS RÉUNIES. Le jugement, selon la diversité des cas, était qualifié de *centumvirale judicium, duplicia judicia, quadruplex judicium*[9]. Les Sections furent présidées par les Décemvirs institués comme magistrats, vers le VI[e] siècle de Rome, pour présider et juger, et appelés *Decemviri in litibus judicandis*[10].

8 Suet., I. D. Julius Cæsar, cap. 41. Senatum supplevit, patricios adlegit. Prætorum, ædilium, quæstorum, minorum etiam magistratuum numerum ampliavit..... Judicia ad duo genera judicum redegit, equestris ordinis ac senatorii : tribunos æràrios quod erat tertium sustulit.

9 Quintil., Inst. orat., V. 2. § 1. — XII, 18.

Plin. junior., Epist., I. 18. — IV. 24. — VI. 33.

10 Pomp., Orig., § 29 : « Deinde quum esset MAGISTRATUS necessarius qui HASTÆ PRÆESSET, Decemviri in litibus judicandis sunt constituti. » — Le récit de Pomponius ne permet pas de placer sous Auguste la création des *décemvirs*, comme on l'a fait souvent par interprétation de Suétone. (*Vit. Octav.*, c. 37.) L'institution est placée par le jurisconsulte dans le même temps que les *triumviri capitales* [§ 30], et après la préture des étrangers, ce qui remonte au VI[e] siècle. (*Niebuhr*, VI. p. 317.)

Les attributions ou la Compétence du tribunal des Centumvirs étaient de l'ordre le plus élevé. Cicéron nous a transmis à cet égard des renseignements qui permettent d'en indiquer avec précision la nature.

Dans le traité *de Oratore* [chap. 38], il exige de l'orateur la connaissance du droit civil, et il condamne celui qui va se jeter, ignorant le droit, DANS LES CAUSES CENTUMVIRALES, où s'agitent, dit-il, «les questions d'usucapion, de tutelle, de gentilité, d'agnation, d'alluvion, d'atterrissements, des *nexa*, des mancipations, des servitudes, des testaments rompus ou confirmés, et une multitude d'autres points[11].» Aux chapitres 38 et 39, il indique aussi, comme plaidées devant les Centumvirs, la cause d'un soldat qui avait passé pour mort et qui réclamait la succession paternelle contre le testament inspiré par cette fausse nouvelle; celle d'un citoyen qui demandait, *jure applicationis*, la succession d'un étranger exilé qui l'avait choisi à Rome pour patron. Il indique aussi une cause où le jurisconsulte Scévola et l'orateur Crassus, discutant sur une condition attachée à une institution d'héritier, furent obligés d'invoquer des autorités, des exemples, des formules de testaments, et de se plonger, dit-il, dans le sein du droit civil (*in medio jure civili versa-*

11 De Orat., I. cap. 38 : Jactare se in causis centumviralibus in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, *nexorum*, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, cæterarumque rerum innumerabilium versentur.

On trouve dans Grævius, Antiq. rom., t. II, une dissertation sur les centumvirs, par Siccama (*Centumvirale judicium*).

*ri.*) — Il ajoute immédiatement, au chapitre 40 : « J'omets » d'innombrables exemples de causes très-graves : sou- » vent il peut arriver que notre état, dans la cité ou la » famille, soit mis en question et dépende d'un point de » droit[12] ; » il rappelle des causes où les questions touchaient directement à l'état de liberté, de cité, de mariage, de divorce, de filiation légitime. — Au chapitre 56, l'orateur Antoine, qui va entreprendre de réfuter Crassus, reconnaît que les causes indiquées sont de la compétence des Centumvirs, MAXIMAS CENTUMVIRALES CAUSAS IN JURE POSITAS PROTULISTI, et il nie seulement que l'orateur ait besoin d'être jurisconsulte.

Que l'on interroge attentivement ces textes précieux, que l'on se rende compte des éléments renfermés dans ces diverses indications, et l'on y trouvera les grands intérêts de la cité, les grandes questions de droit, tout ce qui constituait les bases du droit civil, précédemment établies par nous sous la division de la Cité, de la Famille, de la Propriété romaine.

En coordonnant et résumant les faits, les exemples, les points de droit indiqués par Cicéron, et en les rapprochant des textes de Gaius et des Pandectes, nous trouvons que la compétence des Centumvirs, déterminée par l'usage ou le droit non-écrit, embrassait les questions relatives :

12 « *Capitis nostri* sæpe potest accidere ut *causæ* versentur in jure. » — Le *caput*, en droit civil, se rapporte à la cité et à la famille. — Dans une collection moderne, ce passage est traduit : « Souvent une *affaire capitale* peut dépendre d'un *point de droit*. » Nouvelle preuve que la *langue du droit* est nécessaire aux littérateurs qui traduisent l'antiquité.

1° A l'état des personnes, c'est-à-dire aux qualités d'homme libre ou d'ingénu, d'étranger, de citoyen[13]; questions d'état qui sont toujours *préjudicielles* et doivent être décidées avant le litige à l'occasion duquel elles se présentent;

2° Aux droits de famille, c'est-à-dire aux droits de gentilité, d'agnation, de tutelle, de filiation, de mariage, de divorce;

3° A la pétition d'hérédité, soit testamentaire, soit légitime; à la qualité d'héritier, qui ne pouvait même incidemment être fixée par les autres juges; à la plainte d'inofficiosité qui attaquait la sentence testamentaire du chef de famille ou l'exhérédation des héritiers-siens[14];

4° A la propriété romaine ou quiritaire et aux accessoires, comme les servitudes réelles.

13 Dans le plaidoyer pour *Cæcina*, Cicéron attribue positivement aux centumvirs les questions *de Libertate*.

Sigonius, sur Suétone, en avait fait la remarque. (*Suet.*, *cum Notis Variorum*, lib. II. c. 37.)

14 Il ne pouvait, en aucun cas, être prononcé par d'autres juges *sur la qualité d'héritier*, quand elle était contestée, avant que les centumvirs ne l'eussent reconnue par jugement. De là était née l'exception *quod præjudicium hæreditati non fiat*, qu'on opposait, comme exception préjudicielle, au demandeur ou au défendeur en pétition d'hérédité.

..... An exceptione non repellatur, QUOD PRÆJUDICIUM HÆREDITATI NON FIAT INTER ACTOREM ET EUM QUI VENUM DEDIT. (*D.*, V. 3. 25. § 17. (*Ulp.*) — Eorum judiciorum quæ *de hæreditatis petitione* sunt ea auctoritas est, ut *nihil in præjudicium* ejus judicii fieri debeat. (*D.*, V. 3. 5. § 2. (*Ulp.*)

Merlin a fait une savante dissertation sur l'exception *præjudicium hæreditati non fiat*. (*Questions de droit*, v° *héritier*, § 3.)

Que reste-t-il donc en dehors de la compétence civile des Centumvirs?

Il reste les possessions de biens ou successions prétoriennes; — les actions fictives, qui ne se rapprochent des actions civiles que par des assimilations faites par le préteur, comme l'action publicienne[15]; — les obligations qui naissent des contrats ou comme des contrats; — les obligations qui naissent des délits ou autres faits dommageables[16]; — les questions qui concernent les per-

15 Gaius, IV. § 36 : Fingitur rem usucepisse et ita quasi *ex jure Quiritium* dominus factus esset intendit.

16 Sur la compétence relative aux *obligations*, nous recueillons ici les opinions diverses des principaux auteurs modernes :

1° G. Hugo (*Hist. du Droit rom.*, I. § 264), dit : « Ce qui est remarquable dans ce passage de Cicéron (ch. 38), c'est qu'à l'excéption tout au plus du mot *nexorum*, il n'est fait aucune mention des contrats dans cette longue énumération. »

2° Niebuhr est plus positif (*Hist. rom.*, VI. p. 320) : « Le tribunal des centumvirs, dit-il, ne jugeait pas plus *les conventions* que les procès criminels. »

3° Heffter, qui a publié, en 1827, son Commentaire *de Actionibus*, ne fait pas difficulté, au contraire, de comprendre les obligations en général dans la compétence des centumvirs : *Nulla ratio est cur jura obligationum a centumviris aliena fuisse statuamus.* (*Observ. liber.*, ch. IX. p. 33.)

4° Zimmern, qui a publié, en 1829, son ouvrage approfondi sur les actions, pense que les actions *in personam* étaient en dehors des causes centumvirales; ce qui met en dehors de la compétence centumvirale *toutes les obligations*. Mulhembruch approuve cette opinion avec quelque timidité : Qui non *sine veri specie conjicit. (Heinecc., Antiq*, p. 645.)

5° Walter (*Hist. de la Procéd. civ. chez les Romains*), ne discute pas la question spéciale, mais il dit que l'objet principal de la compétence des centumvirs concernait la propriété quiritaire et les successions. (Ch. 1. p. 10, *trad. de M. Ed. Laboulaye*, 1841.)

6° Enfin, M. Bonjean, dans son savant *Traité sur les actions*, fait

sonnes, les biens, les conventions des étrangers, dont la qualité n'est pas contestée ; — les questions possessoires, et les actions *in factum* d'un nombre indéfini.

Ce point reconnu, nous tenons la clef de l'organisation judiciaire et de la compétence, d'après les institutions romaines.

La République était fondée sur la souveraineté du peuple romain. En matière criminelle, le peuple en corps, par l'appel porté devant les Comices, statuait sur la vie du citoyen, sur le droit de liberté et de cité : « Populus » romanus DE JURE LIBERTATIS ET CIVITATIS suum esse » judicium putat, et recte putat, » disait Cicéron[17]. — En matière civile, il fallait une institution conforme à ce principe de souveraineté, pour statuer définitivement sur la condition et sur la propriété des citoyens. Cette institu-

observer qu'il serait singulier que Cicéron, qui énumère avec tant de complaisance les diverses espèces de questions de propriété, ne consacrât qu'un seul mot à une matière aussi considérable que l'est celle des obligations, et qu'il eût placé ce mot au milieu de l'énumération relative à la propriété, entre *circumluvionum* et *mancipiorum*. (I. p. 201.) Il pense donc qu'il n'a pas indiqué les obligations, mais que le mot *nexorum* pourrait, tout au plus, se rapporter aux débiteurs donnés en gage ; ce qui n'est pas admissible, car long-temps avant Cicéron, la loi *Papiria de nexu* avait aboli la servitude du débiteur, et celui qui, depuis, se donnait en gage temporaire n'était pas esclave. — Il faut donc entendre ici le mot *nexorum* dans le même sens que celui employé par Cicéron, en son discours sur les aruspices, où *Jus nexi* est formellement appliqué aux maisons possédées à Rome *Jure nexi*. (*Supra*, p. 141.)

17 Cic., in Verr., III. — De Legibus, III. 3. — De Repub., II. 36 : « Ne de capite civis, nisi in comitiis centuriatis statueretur. »

Cicéron dit même que les Lois des XII Tables permettaient d'appeler de tout jugement pénal : « *Ab omni judicio pœnaque provocari licere indicant.* »

tion, c'était le tribunal des Centumvirs : directement élus par les Tribus, les Centumvirs représentaient la souveraineté même du peuple romain. — Dans les affaires civiles, le peuple assemblé ne pouvait décider par lui-même; il avait été contraint par la nature, la difficulté, le grand nombre des questions à juger, de déléguer sa souveraineté. Les Centumvirs, délégués par le peuple, étaient donc les juges naturels de la qualité des citoyens, de leurs droits de famille, du domaine quiritaire et de l'hérédité; en un mot, de ce qui tenait le plus étroitement à la constitution de la cité. La Lance romaine, placée devant le tribunal des Centumvirs, était le signe permanent du domaine Quiritaire et de la souveraineté[18].

Toutes les actions IN REM, mobilières ou immobilières, appliquées soit à la propriété romaine, entre citoyens, soit à des droits de servitude sur la chose, soit à la réclamation des droits d'hérédité, soit même à la question d'état la plus importante, celle de l'état d'homme libre, étaient originairement qualifiées de VINDICATIONES, et c'était de la Lance souveraine, HASTA, FESTUCA, VINDICTA que venait la dénomination de Vindicatio[19]. Dans le principe, où l'on ne pouvait agir au nom d'autrui que pour le peuple et pour cause de liberté[20], celui qui agissait

18 Hasta signum justi dominii.... unde in centumviralibus judiciis hasta præponitur. (*Gaius*, IV. § 16.) — Dans les ventes faites au nom du peuple romain (*Sectio bonorum*), on vendait *sub hasta*.

19 Qui vindicabat *festucam* tenebat..... et dicebat..... Ecce tibi vindictam imposui. — Festuca..... autem utebantur quasi hastæ loco signo quodam justi dominii. (*Gaius*, IV. § 16.) — Appellantur autem *in rem* quidem actiones, VINDICATIONES (§ 5.)

20 Gaius, IV. § 82 : Olim, quamdiu solæ Legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, nisi pro populo et *libertatis* causa.

au nom d'un autre comme défenseur de la liberté, *adsertor libertatis,* vendiquait en liberté l'homme injustement retenu en esclavage[21]. Ces vendications, que leur nature et leur dénomination primitive rattachaient à la compétence des Centumvirs, furent ensuite comprises, comme actions réelles, sous le nom de PETITIONES : de là, dans le langage du droit, l'action pétitoire, la petition d'hérédité. Le mot ACTIO restait plus spécialement propre aux obligations personnelles[22]. — Mais le changement de dénomination dans les actions réelles, qui tenaient au juste domaine et à l'hérédité, ne changea point la compétence du tribunal des Centumvirs; et long-temps après la révolution judiciaire de Dioclétien, l'empereur Justinien rendait à l'antique Tribunal du peuple romain et à sa compétenee ce témoignage solennel : « La grandeur et l'autorité du jugement Centumviral ne permettaient pas que la pétition d'hérédité fût entraînée dans d'autres voies de juridiction, MAGNITUDO ET AUCTORITAS CENTUMVIRALIS JUDICII NON PATIEBANTUR PER ALIOS TRAMITES VIAM HEREDITATIS PETITIONIS INFRINGI..... [23]. »

L'organisation et la compétence du tribunal des Centumvirs se liaient donc étroitement l'une à l'autre et avec la nature des actions. La compétence a pu, avec le temps

21 D., de causa liberali, XL. 1. 2. (*Ulp.*): Amplius puto naturalibus quoque hoc idem præstandum, ut parens filium in servitute quæsitum et manumissum possit in LIBERTATEM VINDICARE.

22 PETITIO in REM infertur, ut ACTIO IN PERSONAM (*D.*, *de Oblig. et Act.*, XLIV. 7. 28.) petitionis verbo in rem actiones. (De V. S. L. 178.)

23 Cod. Just., III. 31. 12. Prœm. [An. 530.]

et les changements de législation ou de procédure, subir quelques modifications dans son application, dans son étendue; mais sous la République, et pendant les premiers siècles de l'Empire, du temps de Cicéron et de Gaius, les rapports de l'institution du tribunal des Centumvirs se trouvent déterminés par des textes irrécusables : 1° avec les questions d'état et de famille, toujours préjudicielles; 2° avec les actions réelles, soit pour le domaine Quiritaire, soit pour les servitudes; 3° avec les pétitions d'hérédité et les questions de testament inofficieux.

Passons aux autres branches de l'institution judiciaire.

II. — III. — Le JUDEX; l'ARBITER.

Le juge était unique pour chaque cause; on l'appelait juge privé (*judex privatus*). Il était choisi par les parties, et, à défaut d'accord entre elles, donné par le magistrat[24]. — Il en était de même pour la nomination de l'arbitre; mais celui-ci n'était pas toujours unique; les ar-

24 Cic., pro Cluentio, c. 8. 9. 43; — pro Flacco, c. 21; — in Verrem., II. 12. C'est ce qu'on appelait *sumere judicem*. — Le Digeste contient à ce sujet le témoignage de Servius Sulpicius: « Si in judicis nomine, prænomine erratum est, Servius respondit : *Si ex conventione litigatorum* is judex *addictus* esset, eum esse judicem de quo litigatores sensissent. » (*D.*, v. 1. 80. (*Pomp.*) — Un fragment de la loi Julia *Judiciorum*, conservé dans un texte d'Ulpien, portait : QUOMINUS INTER PRIVATOS CONVENIAT; et Ulpien ajoute : Sufficit ergo privatorum consensus. (*D.*, v. 1. 2. § 1.) Mais s'il n'y a pas accord des parties, il y désignation par le magistrat. — Voir les fragments de la loi *Julia*, dont Heffter a tenté la restitution, quoiqu'il n'y ait d'authentiques que les quatre mots indiqués. (*De Act. Obs.*, p. 28.)

bitres pouvaient être donnés au nombre de trois, et la Loi des XII Tables exigeait ce nombre en certains cas[25].

Ces juges et arbitres étaient pris parmi les sénateurs et patriciens, et, depuis C. Gracchus, dans l'ordre des chevaliers. Le Préteur de la Ville fût ensuite chargé de dresser une liste de juges qui étaient choisis pour l'année (*Judices selecti*), et dont le nom était publié par l'ALBUM du Préteur. Cette liste comprit d'abord trois cents noms, qui furent portés à huit cent cinquante du temps de Cicéron, à quatre mille sous Auguste, et qui furent divisés successivement en trois, quatre et cinq Décuries[26].

Le juge et l'arbitre étaient spécialement chargés de l'examen du fait et de l'application de la formule (dont nous parlerons bientôt); leurs jugements étaient qualifiés JUDICIA PRIVATA. Dans l'examen des faits pouvaient se rencontrer souvent des questions de droit. « Les jugements privés, disait Cicéron, portent sur de grands intérêts, et l'on y discute souvent non sur le fait, mais sur l'équité, mais sur le droit[27]. » Ces jugements sup-

25 Festus, v° vindicia : « Si vindiciam falsam tulit........ arbitros tres dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito. *Muller*, p. 376, rapporte les sens divers donnés à la Loi sur la *Vindicia*.

26 Cic., ad Fam., VIII. 8; — ad Attic., VIII. 16.

Plin., Hist. nat., XXXIII. 7.

Walter, Procéd. civ., ch. 1. p. 4. (*Trad. de M. Laboulaye.*)

27 Judicia privata magnarum rerum in quibus sæpe non de facto, sed de æquitate ac jure certatur. (*Cic.*, *de Orat.*, I. 38.)

Au chap. 39, il cite une cause plaidée devant le *judex* : « Quum ergo C. Sergii contra hunc nostrum Antonium *judicio privato* defenderem, nonne omnis nostra *in jure* versata defensio est? » — Walter a donc commis une erreur quand il a dit que les questions de droit ne se discutaient pas devant le *judex*.

posaient donc la connaissance du droit : de là vint l'usage des jurisconsultes *assesseurs*, choisis par le juge et siégeant derrière lui, pour le conseiller sur les questions juridiques[28].

Mais ces jugements pouvaient-ils porter sur toute espèce de questions ou de procès ? En d'autres termes, les parties qui avaient le droit de convenir de leur juge, avaient-elles ce droit absolu, sans aucune limite, sans aucune règle de compétence à raison de la matière ? — La solution affirmative se trouve dans l'ouvrage de Zimmern. Il dit : « C'était devant le magistrat (*in jure*), » que les parties convenaient du juge qui devait décider » le litige, et l'*investissaient* de la *compétence* nécessaire pour » rendre la sentence[29]. » Il résulterait de cette théorie, que les parties auraient pu porter devant le juge privé même les causes d'hérédité, de plainte en testament inofficieux, et toutes les causes centumvirales. Mais alors pourquoi les jurisconsultes romains auraient-ils mentionné les causes centumvirales comme distinctes des autres litiges ? — Pourquoi Cicéron aurait-il séparé les jugements des centumvirs des jugements privés ? — Pourquoi Gaius aurait-il distingué les centumvirs des juges privés, même par la différence des formes de procéder ? — Pourquoi Festus, qui vivait au v^e^ siècle de l'ère chrétienne, mais qui était, dans son livre, l'abréviateur de

28 Le préteur lui-même avait quelquefois des assesseurs ; ainsi, dans le traité *de Orat.*, I. 37, Crassus dit qu'il a été l'assesseur de Q. Pompée, préteur de la ville. — Plus tard, les préfets du Prétoire eurent aussi leurs assesseurs.

29 Théorie de la procédure privée chez les Romains (§ 1, *avant-propos*, p. 4, *traduction de M. Etienne.*)

Verrius Flaccus, contemporain d'Auguste, pourquoi Festus aurait-il défini les actions centumvirales, celles que jugeaient les centumvirs ; CENTUMVIRALIA JUDICIA QUÆ CENTUMVIRI JUDICABANT[30] ? — Pourquoi enfin Justinien lui-même aurait-il dit que la grandeur et l'autorité du tribunal des Centumvirs n'auraient pas souffert que les questions d'hérédité fussent déférées à d'autres juges ? — Il y avait donc évidemment des règles de Compétence qui se confondaient avec les attributions et avec l'existence même des différentes parties de l'Organisation judiciaire : ces règles étaient de droit public, et il était de principe immuable, sous le droit des XII Tables comme sous le droit postérieur, qu'il n'est pas permis aux particuliers de déroger, par leurs conventions, aux règles du droit public. Ce n'était donc que dans la mesure de ces attributions préexistantes et reconnues, que les citoyens pouvaient choisir leur juge ; et le Préteur, sous sa responsabilité, ne nommait le juge privé ou l'arbitre que dans le cercle de sa compétence.

En dehors de la compétence des Centumvirs, comme nous l'avons remarqué plus haut, se trouvaient notamment les *successions* et les *actions réelles prétoriennes* distinctes de la propriété quiritaire ; les *obligations* ou les *actions personnelles*, et par conséquent la vaste matière des contrats et des engagements sans contrats. — Nous laisserons à l'écart en ce moment les autres objets ; nous les retrouverons plus tard. — Ce sont tous les procès

30 Festus a donné deux articles sur les *centumviralia judicia*. Notre citation est empruntée au second article. (*Muller*. p. 64.)

relatifs aux matières que nous venons de rappeler, qui tombaient, par le renvoi du Préteur, sous l'appréciation du juge et des arbitres, et qui formaient la matière même de leur Compétence.

Les sentences du juge et des arbitres, et les actions soumises à leur jugement, étaient renfermées, comme nous l'avons dit, sous la qualification générale de JUDICIA PRIVATA; on distinguait cependant le *judicium* et l'*arbitrium*. C'est qu'en effet le juge et l'arbitre avaient bien une compétence commune, qui s'alimentait à la source que nous avons indiquée, savoir : les actions réelles, de création prétorienne, et les actions personnelles de création civile ou prétorienne, comprises sous la dénomination générale de *condictiones*[31] ; mais le juge et l'arbitre avaient dans cette source commune leur compétence distincte, qui en formait comme deux dérivations.

Toute dette d'une chose certaine, *condictio certi*, était de la compétence du juge. — Toute obligation de faire ou de donner en espèce (*condictio incerti*), ou de fournir une prestation de valeur incertaine, comme la soulte dans les actions de partage, qui avaient sous ce rapport un caractère mixte, était de la compétence de l'arbitre[32].

31 Gaius, IV. §§ 2. 5, Condictiones : Quum intendimus dare, facere, præstare, oportere.

32 Cic., pro Cæcina, VII : Nomine heredis arbitrum familiæ erciscundæ postulavit.

D. XX. 5. 11 : Arbiter dividendæ hereditatis cum corpora hereditaria divisisset, nomina quoque communium debitorum separatim singulis in solidum assignavit. (*Scævol.*) — X. 2. 30 : Quæro an recte *arbitrum communi dividundo* ad hunc fundum partiendum petam ; an etiam *is arbiter* qui familiæ erciscundæ datur. (*Modest.*) — *Inst. Just.*, IV. 6. 20.)

De là, comme le disait Cicéron dans une discussion spéciale, « autre chose est le jugement, autre chose est » l'arbitrage : le jugement se donne pour une chose cer- » taine; l'arbitrage pour une chose incertaine[33]. » Dans le *judicium*, la sentence était rigoureuse : il fallait accorder tout ou rien; dans l'*arbitrium*, il y avait plus de latitude, et la formule appelait la sentence la plus équitable[34].

La division des actions de DROIT STRICT et de BONNE FOI vint se rattacher, tout naturellement, à la distinction du juge et de l'arbitre. Les actions de droit strict étaient portées devant le juge : telles, les actions qui naissaient de l'obligation verbale ou de la stipulation, du serment promissoire, de la *dictio dotis*, et celles qui naissaient de l'obligation littérale, du *mutuum*, du prêt à intérêt[35]. — Les actions de bonne foi étaient portées devant les arbitres : telles, les actions provenant des contrats nommés et consensuels, la vente, le louage, le mandat, la so-

33 Aliud est judicium, aliud est arbitrium : Judicium est pecuniæ certæ, arbitrium est incertæ. (*Cic., pro Roscio Comœd.*, IV.)

34 QUANTUM ÆQUIUS ET MELIUS ID DARE. (*Festus*, v° *arbiter*. *Cic.*, *Topica* XVII. *De Off.*, III. 15. 17. *Walter, Procéd. civ. des Romains*, p. 32.)

35 Gaius, IV. § 62, et Inst. Just., IV. 6. § 28, indiquent les actions *stricti juris* indirectement, par leur absence dans l'énumération des actions de bonne foi. — Les deux énumérations sont concordantes, sauf que les Institutes mentionnent de plus, comme actions de bonne foi, les actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, et l'action *præscriptis verbis* en deux cas : quand elle est donnée à l'occasion des contrats *de æstimato* et *de permutatione*. Pour le système formulaire, il est plus sûr de suivre la nomenclature plus restreinte de Gaius, à l'égard des actions de bonne foi : *Ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciæ, pro socio, tutelæ, commodati*.

ciété[36]; ou des contrats réels de bonne foi, le dépôt, le gage, le commodat; l'action *rei uxoriæ*, relative aux reprises de la femme, et mentionnée par Cicéron, par Ulpien, comme action de bonne foi. — Les actions en garantie ou indemnité, pour cause de réticence dans les ventes, bien que les immeubles vendus fissent partie du territoire romain, étaient portées, non devant les Centumvirs, mais en jugement privé et devant l'arbitre, parce qu'elles se rattachaient aux obligations. Cicéron nous en fournit deux exemples remarquables : le premier est l'exemple du vendeur d'une maison, qui n'avait pas déclaré l'existence d'une servitude. On soutint contre lui, *in judicio privato*, l'obligation des dommages et intérêts. — Dans le second exemple, Calpurnius, contraint par l'ordre des Augures de démolir sa maison, ayant appris que son vendeur avait reçu déjà et caché l'ordre de démolition avant la mise en vente, actionna le vendeur devant l'arbitre, pour qu'il fût tenu de donner ou faire tout ce qu'exigeait la bonne foi[37].

Les actions naissant des obligations *quasi ex contractu*, notamment dans les cas de gestion d'affaires, de tutelle ou curatelle, d'adition d'hérédité à l'égard des légataires et des créanciers, de réception de la chose non due qui donnait lieu à la *conditio indebiti*, toutes les actions de ce

36 Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno, vel lucro pendente ex eo societate. (*D.*, XVII. 2. 38.) (*Paul.*)

37 Cic., 1° de Orat., I. 39 : *Quidquid fuisset incommodi*; — 2° De Off., III. 16 : *Arbitrum illum adegit quidquid sibi dare, facere, oporteret ex bona fide.* — Ce second exemple est remarquable; car on y voit des Augures faire démolir une maison, sans qu'on rencontre l'indemnité *préalable* ou postérieure pour l'*expropriation* d'intérêt public.

genre étaient portées devant le juge ou l'arbitre, selon que leur objet était certain ou incertain; et peut-être même celles qui tenaient à l'administration de la tutelle et à la gestion d'affaires tombaient-elles exclusivement sous la compétence de l'arbitre, à raison du caractère d'actions de bonne foi qui leur était spécialement imprimé[38].

D'autres actions, celles appelées *arbitrariæ*, exprimaient, par leur qualification même, qu'elles dépendaient de l'arbitrage du juge; et ce juge, ordinairement, c'était l'arbitre, qui laissait à une partie la faculté de donner ou de faire certaine chose pour satisfaire à la demande, et ne la condamnait qu'à défaut d'exécution : c'est ce qui avait lieu dans les restitutions prétoriennes, pour cause de crainte ou de dol[39], et dans les actions prétoriennès qui avaient un caractère de réalité, comme les actions publicienne, servienne, hypothécaire, et l'action paulienne dirigée contre les actes faits en fraude des droits d'un créan-

38 L'action de tutelle est encore qualifiée *arbitrium tutelæ*, dans un titre du Code de Justinien, v. 51.

39 D., IV. 1. *Quod metus causa*, XIV. § 4. (*Ulp.*) : Hæc autem actio cum ARBITRARIA SIT, habet reus licentiam usque ad sententiam ab ARBITRO datam, restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere; quod si non fecerit, jure meritoque quadrupli condemnationem patietur. — D., IV. 3, *de Dolo malo*, XVIII. (*Paul*) : Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. Ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adjicitur; ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari quanti actor in litem juraverit : sed officio judicis debet in utraque actione, taxatione jusjurandum refrenari.

On voit, dans ces deux lois, qu'Ulpien appelle *arbitre* celui que Paul qualifie de *juge*.

cier[40]. — Mais les actions arbitraires pouvaient se réunir à des actions de droit strict, en ce sens que l'arbitrage ou la faculté laissée à la partie pouvait précéder une condamnation de droit strict, et en ce cas le juge devenait arbitre sans cesser d'être juge. Aussi dans le discours pour Muréna, où Cicéron entraîné par un intérêt politique poursuivait les Prudents de sa mordante ironie, l'orateur disait: « Une chose qui me surprend toujours, » c'est que tant d'hommes si ingénieux n'aient pas pu, » depuis tant d'années, et ne puissent pas même encore » aujourd'hui, décider si l'on doit dire UN JUGE ou UN » ARBITRE[41]. » — Il est certain que les limites sur la compétence respective du juge et de l'arbitre restaient quelquefois indécises en théorie; mais cela n'avait aucun inconvénient dans la pratique, soit à raison de la délégation faite par le Préteur, qui levait toutes les difficultés, soit à raison de l'intime analogie qui existait dans le caractère du juge et de l'arbitre, les formes de procéder et l'effet des jugements, qui constituaient également des *Judicia privata*.

Les actions ou les instances devant un seul juge ou devant un arbitre, lorsqu'elles étaient suivies entre Citoyens, dans la ville de Rome ou dans le rayon d'un

40 Inst. Just., IV. 6. 31 : In his enim actionibus et cæteris similibus permittitur judici ex æquo et bono secundum cujusque rei de qua actum est, naturam æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat. (*Voir Perezius et Donellus*, *ad Inst.*, de actionibus arbitrariis.)

41 Cic., pro Murena, XII : « Jam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos, per tot annos, etiam nunc, statuere non potuisse utrum...... JUDICEM an ARBITRUM...... dici oportere? »

mille autour de Rome, étaient appelées JUDICIA LEGITIMA: c'est-à-dire qu'elles prenaient leur force dans la Loi, qu'elles étaient perpétuelles ou ne tombaient pas en péremption, faute d'être suivies d'une sentence, dans un certain délai. La loi *Julia Judiciaria* exigea que le litige fût terminé dans le délai de dix-huit mois, autrement il était réputé mort légalement ou éteint de plein droit[42].

Il nous reste à faire connaître l'organisation et la compétence des RÉCUPÉRATEURS.

IV. — Un fragment de Gallus Ælius, jurisconsulte sous la République et contemporain de Cicéron, nous apprend que, dans l'origine, il y avait RECIPERATIO, lorsque après une guerre une Loi prescrivait comment se feraient, par Récupérateurs, entre le Peuple romain et les Cités étrangères, les restitutions et réceptions des choses publiques; et comment aussi les réclamations relatives aux choses privées se poursuivraient entre les individus des deux nations[43]. Cette coutume, née du droit de la guerre, avait pour objet la réparation des faits qui en sont la suite, la restitution des choses prises et pos-

42 Gaius, IV. § 104 : Legitima sunt judicia quæ in urbe Roma vel intra primum urbis Romæ milliarium inter omnes cives romanos, sub UNO JUDICE accipiuntur; eaque lege Julia judicia, nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant : et hoc est quod vulgo dicitur, e lege Julia, litem anno et sex mensibus mori.

43 Reciperatio est, ut ait Gallus Œlius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas Lex convenit quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur. (*Festi Frag. e Cod. Farn. Muller*, p. 274.)

Gallus Œlius avait fait un livre sur la signification des mots dans le droit civil.

Tacite disait encore RECIPERATORES. (*Annal.*, I. 74.)

sédées pendant l'état d'hostilité. Elle passa du droit public, entre Rome et les nations, dans le droit privé de la Cité, en conservant l'empreinte de son origine.

Elle fit partie des institutions judiciaires de Rome, pour la poursuite et le jugement des choses privées entre Citoyens et Etrangers ; et de plus, elle s'appliqua, entre citoyens romains, aux faits possessoires, aux obligations naissant des délits, à la réparation du dommage et des injures, aux faits de concussion, et aux actions utiles ou prétoriennes, *in factum,* qui suppléaient au défaut des autres, et pouvaient être exercées même par les fils de famille.

Les monuments antiques nous ont laissé des preuves de cette compétence spéciale des Récupérateurs :

1° Pour les choses privées concernant les étrangers, le témoignage est dans le fragment de Gallus Ælius conservé par Festus ;

2° Pour les faits de possession, l'autorité principale est dans le plaidoyer en faveur de Cécina, prononcé par Cicéron devant les Récupérateurs, et confirmé par un passage de Gaius, qui se rapporte à la prohibition de toute violence contre la possession [44] ;

3° Pour la réparation du dommage naissant d'un délit, d'une injure, d'un fait (*damnum factum*), la compétence

44 Gaius, IV. § 141 : Ad judicem *Recuperatoresve* itur, et tum ibi edictis formulis quæritur an aliquid adversus prætoris edictum factum sit, vel factum non sit quod is fieri jusserit. — Gaius dit *au juge* ou *aux récupérateurs* : Ce qui se rapporte à deux espèces d'interdit dont il est question (§§ 140. 141); l'un *ordonne* qu'une chose soit faite et impose ainsi une obligation *prétorienne ;* l'autre défend ou *prohibe.* C'est à l'interdit prohibitoire que se rapportent les mots *ad recuperatores itur.*

est prouvée par Gaius et par le plaidoyer *pro Tullio,* dont quelques fragments ont été recueillis de nos jours[45] ;

4° Pour les actions *in factum*, l'autorité principale est Gaius, au IVe livre de ses Commentaires[46].

Les matières de la compétence civile des Récupérateurs se rattachaient ainsi à l'origine de leur établissement. Dans le droit public, le but que l'on se proposait était de réparer les dommages causés par le fait de la guerre; dans le droit privé, le but principal était de terminer les discussions entre les étrangers et les Romains, et de réparer les dommages causés par les voies de fait et les troubles

45 Cic., pro Tullio, II : « Judicium vestrum est, recuperatores, quantæ pecuniæ paret.... damnum factum esse Tullio. » ( *Cic.*, *Frag.*, *éd. Leclerc*, t. XXIX. p 4.)

Pour l'action d'injure qualifiée par la loi et punie de la peine de XXV as, c'était le *judex* qui seul, sous la Loi des XII Tables, avait compétence. Il y avait obligation, *certi*, *ex delicto ;* mais après l'abolition de la peine des XXV as, les préteurs attribuèrent l'estimation de l'injure et du délit aux récupérateurs : INJURIISQUE ÆSTIMANDIS RECUPERATORES SE DATUROS EDIXERUNT. ( *Gaius*, III. §§ 223. 224. 225.)

L'affranchi qui avait commis le délit d'injure envers son patron, en le citant en justice, était renvoyé devant les récupérateurs. Il y avait même une formule rédigée d'avance à ce sujet; ce qui confirme bien notre doctrine qu'il y avait des règles de compétence reconnues et pratiquées. ( *Gaius*, IV. § 46. )

De pecuniis repetundis ad recuperatores itur. ( *Tit. Liv.*, lib. XLIII. cap. 2. *Tacit.*, *Annal.*, I. 74. )

46 Le principe sur les actions in factum est ainsi posé : In omnibus casibus in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, *in factum* actio necesse est. ( *D.*, VI. 1. 23. § 5. ) Les exemples sont nombreux dans Gaius et dans le Digeste. (XX. 1. 11. § 1. — VI. 1. 52. — IX. 4. 10.) — In factum actiones etiam filii-familiarum possunt exercere. ( *D.*, XLIV. 7. 13. )

Gaius, IV. § 46 : RECUPERATORES SUNTO.... et innumerabiles ejusmodi (in factum) aliæ formulæ in albo proponuntur.

de possession. L'institution, dans le droit privé, réfléchissait donc l'institution primitive, comme les luttes d'intérêt privé représentent quelquefois la guerre des Cités. Les résultats de ces luttes, de ces voies de fait, étaient le sujet des litiges qu'il fallait terminer; et l'affectation de ces litiges à la compétence des Récupérateurs remplissait le vide laissé dans la compétence des autres juges.

Les matières des jugements récupératoires étaient toujours urgentes. Aussi les formalités étaient simples, la nomination prompte et presque instantanée. Le Préteur donnait les récupérateurs; le choix se faisait ou parmi les sénateurs et chevaliers, ou parmi les juges inscrits sur l'Album, et quelquefois parmi les citoyens présents. Ils étaient choisis au nombre de Trois ou de Cinq, selon les circonstances[47].

Les poursuites devant les récupérateurs n'étaient pas dites *légitimes* ou soutenues par la Loi; elles étaient soutenues seulement par le pouvoir du magistrat (*imperio continebantur*) : c'est-à-dire qu'elles devaient s'accomplir, sous peine de péremption, pendant l'année assignée au pouvoir du magistrat qui avait donné le Judicium [48].

47 Tit. Liv., XLIII. 2 : L. Canuleio prætori qui Hispaniam sortitus erat, negotium datum est ut in singulos a quibus Hispani pecuniam repeterent, *quinos recuperatores* ex ordine senatorio daret, patronosque quos vellent sumendi potestatem faceret. (*Ad an.* 582.)

Plinius Junior., Epist. III. 20 : Nam ut in recuperatoriis judiciis sic nos in his comitiis, *quasi repente apprehensi* sinceri judices fuimus.

48 Gaius, IV. §§ 103. 105 : *Legitima*, quæ legitimo jure consistunt... *imperio contineri judicia* dicuntur, quia tamdiu valent quamdiu is qui ea præcepit imperium habebit. — (Les poursuites ou les instances devant les récupérateurs étaient qualifiés *judicia recuperatoria*.) (*Plin.*)

La création des Récupérateurs fut de la plus haute importance dans les provinces. Elle se rattachait à l'établissement du CONVENTUS ou des ASSISES, que le préteur ou le proconsul tenait tous les ans, pour rendre la justice, à une ou plusieurs époques fixées d'avance, dans les principales villes de la province confiée à son gouvernement[49].

Il y avait des décuries de juges et de récupérateurs.

Pour ceux des provinciaux qui avaient obtenu de vivre selon leurs lois, les récupérateurs étaient pris exclusivement parmi les hommes du pays ou les compatriotes qui avaient répondu à la convocation du magistrat : c'était un privilége vivement ambitionné par les habitants des provinces, et maintenu ordinairement en faveur des Grecs répandus dans les provinces d'Orient[50].

Pour les citoyens romains fixés dans la province, les récupérateurs étaient choisis parmi les citoyens du Conventus; et si les litiges existaient entre les provinciaux seulement, ou entre les citoyens et les indigènes, le Préteur était libre de donner les récupérateurs sans distinction d'origine, sauf un droit de récusation en faveur des parties (*potestas rejiciundi*); il avait la faculté de les pren-

49 Conventus intelligitur........ quum a magistratibus judicii causa populus congregatur. (*Festus*, v° *conventus*.)

On donnait aussi ce nom de *conventus* à la réunion des citoyens romains qui s'étaient fixés dans une ville pour exercer le commerce; ainsi, dans Cicéron (*Verr.*, II. 13.). Le *Conventus* judiciaire était appelé aussi *forum* : Prætor indicebat forum. (Sur le *conventus*, *voir* *Théoph.*, *Inst.*, I. 6. § 4. *Sigonius*, *de Jur. prov.*, II. cap. 5.)

50 Cicéron parle ainsi de la disposition de son édit en faveur des Grecs : Multa sum secutus Scœvolæ; in iis illud in quo sibi libertatem censent Græci datam, ut Græci inter se DISCEPTENT SUIS LEGIBUS... Græci vero exsultant quod PEREGRINIS JUDICIBUS utuntur. (*Ad Att.*, VI. 1.

dre même parmi les personnages qui l'accompagnaient, ou de composer un tribunal mi-parti de Romains et d'indigènes. — De cette latitude pouvaient naître des abus que Cicéron reproche avec véhémence à l'administration de Verrès dans la Sicile [51].

Au dernier jour des assises, un Conseil de vingt récupérateurs, citoyens romains, était tenu sous la présidence du Magistrat, pour prononcer, en exécution de la loi Ælia Sentia, et en connaissance de cause, sur les affranchissements proposés par des mineurs de vingt ans, et sur les affranchissements des esclaves âgés de moins de trente ans. Ce conseil tenait lieu de celui qui siégeait à Rome auprès du préteur, pour l'exécution de la loi ÆLIA SENTIA, et qui était composé de cinq Sénateurs et de cinq Chevaliers [52].

L'administration de la justice dans les provinces, au reste, était l'image de celle de Rome. Le Président pouvait, selon la nature des causes, donner un seul juge ou des récupérateurs. — L'institution des Récupérateurs dans les provinces représentait la grande institution des Centumvirs à Rome, sinon pour l'organisation, du moins

51 Cic., in Verr., III. 11 : Quid prætor? Jubet recuperatores rejicere. — Decurias scribamus. Quas decurias? — De cohorte mea rejicies, inquit. — Quid? Ista cohors quorum hominum est? Volusii haruspicis, et Cornelii medici, et *horum canum* quos tribunal meum vides lambere. Nam de Conventu nullum unquam judicem, nec recuperatorem dedit (*Vid.* cap. 12. 13. 59.)

52 Gaius, I. §§ 20. 38 : Consilium autem adhibetur in urbe romana quinque senatorum et quinque equitum romanorum puberum; in provinciis autem viginti recuperatorum civium romanorum; idque fit ultimo die Conventus; sed Romæ certis diebus apud consilium manumittuntur.

pour la compétence : elle s'appliquait aux questions d'Etat, aux droits de propriété. Dans la Sicile, nous voyons, par exemple, les propriétaires réclamer le jugement par récupérateurs contre le décimateur Apronius, complice de Verrès; et nous lisons dans Suétone que c'est par jugement récupératoire, rendu dans la province d'Afrique, que l'impératrice Flavia, l'épouse de Vespasien, avait été déclarée, avant son mariage, jouir des droits d'ingénuité et de cité romaine[53]. — La Province avait donc, sous l'empire des préteurs, proconsuls ou présidents, une institution judiciaire qui offrait des garanties de justice à ses habitants, et qui réfléchissait l'image des garanties romaines.

Tel est, à Rome et dans les provinces, l'ensemble de l'organisation judiciaire et de la compétence. Le système existe complètement sous le droit de la République. Il a pu, dans les premiers temps de l'Empire, éprouver quelques modifications. La création du Préfet de la ville, par Auguste, celle des Préfets du prétoire, qui sont devenus par la suite des magistrats tout puissants, la force nouvelle donnée aux attributions des Décemvirs, qui présidaient

53 Cic., in Verr., III. 13..... : Si ex omni copia conventus Syracusani....., facere potestatem aratori non modo *rejiciundi*, sed etiam *sumendi* recuperatores, tamen hoc novum genus injuriæ ferre nemo posset se, quum suos omnes fructus publicano tradidisset, et rem de manibus amisisset, tum bona sua repetere ac persequi lite atque judicio.

Sueton. Vespas., III : Flaviam duxit uxorem........ ex Africa delegatam olim, latinæque conditionis, sed mox ingenuam et civem romanam RECUPERATORIO JUDICIO pronuntiatam. (*Voir Heffter, de Act.*, p. 38.)

les différentes Sections du tribunal des Centumvirs, et d'autres innovations, ont pu modifier certaines relations entre les magistrats et les juges, ou rendre plus mobile le lien de la compétence. Ainsi le préfet de la ville et les préfets du prétoire eurent le droit de prononcer des sentences, même en matière civile, et d'accorder la restitution en entier, tant contre leurs propres décisions, que dans d'autres causes [54]. Ainsi le préteur rédigea des formules en pur droit, propres à saisir le *judex* d'une revendication *ex jure quiritium*, principalement en matière mobilière [55]. Mais les bases générales de l'organisation et de la compétence ont subsisté, malgré certains ébranlements, jusqu'à la fin du IIIe siècle de l'ère chrétienne.

En résumant les rapports des Centumvirs avec les autres branches de l'Organisation judiciaire, et les rapports des différentes espèces d'actions avec chaque branche de cette organisation, au temps où elle s'est complétée sous l'influence du Droit prétorien, on arrive aux résultats suivants :

54 D. IV. 4. 16. § 7. (*Ulp.*) : Nunc videndum *qui in integrum restituere possunt?* — Et tam præfectus Urbi quam alii magistratus pro jurisdictione sua restituere in integrum possunt, tam in aliis causis quam contra sententiam suam. — *L.* XVII : Præfecti etiam prætorio ex sua sententia in integrum possunt restituere, quamvis appellari ab his non possit..... In integrum restitutio erroris proprii veniæ petitionem, vel adversarii circumventionis allegationem continet. (Cette dernière loi est empruntée à Hermogénien, qui vivait à une époque où l'appel en matière civile était organisé, après Dioclétien.)

55 Gaius, IV. § 45 : Sed eas quidem formulas in quibus de jure quæritur, *in jus* conceptas vocamus : quales sunt quibus intendimus nostrum esse *aliquid* ex jure Quiritium, aut nobis dare oportere, aut pro fure damnum.... in quibus juris civilis intentio est.

1° A l'égard de l'organisation,

Les centumvirs formaient un tribunal qui représentait la souveraineté du peuple romain. Le juge, l'arbitre, les récupérateurs, par délégation de la loi et du magistrat combinée avec le choix des parties, formaient les jugements privés, soit à Rome, soit dans les provinces. Les récupérateurs, branche accessoire et complémentaire de l'organisation judiciaire à Rome, constituaient dans les provinces la branche principale, par rapport aux citoyens et aux provinciaux, et se liaient à la grande institution du *Conventus* ou des assises périodiques.

2° A l'égard de la compétence,

Au tribunal souverain des CENTUMVIRS ressortissaient les questions d'état et de famille, les pétitions d'hérédité légitime ou testamentaire, et les plaintes en testament inofficieux, les revendications et autres actions réelles du droit civil, applicables surtout aux immeubles romains. — Au JUGE et à l'ARBITRE appartenaient en commun les actions prétoriennes, réelles ou personnelles, les actions personnelles nées des contrats ou comme des contrats (*ex variis causarum figuris*), les actions, réputées mixtes, en partage de succession, de copropriété ou de limite incertaine, les actions réputées arbitraires ; et ces différentes actions s'attachaient à la compétence spéciale du juge, quand elles étaient de valeur certaine ou de droit strict ; à celle de l'arbitre, quand elles étaient de valeur incertaine ou de bonne foi. — Enfin aux RÉCUPÉRATEURS étaient attribuées les matières possessoires ou la plupart des interdits, les actions en dommage, en concussion, et les actions utiles *in factum*, sauf les attribu-

tions plus larges établies en faveur des Récupérateurs dans les provinces.

La compétence des tribunaux ou des juges était donc déterminée par la NATURE MÊME DES ACTIONS OU DES INTÉRÊTS A JUGER ; principe éternel de droit et de raison, sur lequel s'appuie la théorie générale de la compétence [56].

Nulle part, dans ses Commentaires, Gaius n'a donné la description de l'ordre judiciaire des Romains ; nous ne possédons plus son Commentaire sur la Loi des XII Tables, où peut-être il expliquait cette savante organisation ; et cependant c'est encore à sa lumière, et à celle de Cicéron qui se répand sur tant de choses, que nous avons tâché de coordonner les divers éléments de la Justice civile, et de rendre à chaque branche de l'institution ses attributions ou sa compétence.

Gaius, en effet, a distingué les trois grandes classes des actions IN REM, IN PERSONAM, IN FACTUM, qui se distribuent entre les différentes branches de l'organisation judiciaire.

Or, quand il a parlé des actions réelles du Droit civil, *vindicationes*, il a mis en regard de ces actions le tribunal des Centumvirs [57].

56 C'est le principe sur lequel repose en partie notre système judiciaire. La compétence des tribunaux civils, des juridictions commerciales, des justices de paix, des tribunaux administratifs, est fondée sur la nature différente des intérêts civils, des affaires commerciales, des matières possessoires, des matières administratives. (Les justices de paix sont le moins fidèles à ce principe, par l'extension donnée à leur juridiction sur les actions purement personnelles.)

57 Gaius, IV. § 16 : In centumviralibus judiciis.

Quand il a parlé des actions personnelles, *condictiones*, il a mis en regard le Judex[58]; — et l'on sait que l'Arbitre n'est qu'un juge pour les obligations de faire, pour les obligations de bonne foi.

Enfin, quand il a parlé des actions *in factum*, actions personnelles qui se distinguent des autres par la cause qui les produit et la formule qui les exprime, il a mis en regard les Récupérateurs, dont Cicéron, d'ailleurs, et Gaius lui-même ont marqué la compétence en matière de possession[59].

V. — Entre ces différentes branches de l'institution judiciaire, il n'y avait pas de hiérarchie, de degrés de juridiction, de recours en appel proprement dit. L'appel au peuple, dans les Comices, n'était relatif qu'aux jugements en matière criminelle. Toutefois, dans le tribunal des Centumvirs, qui représentait le peuple, il y avait un recours possible d'une Section à deux ou plusieurs Sections réunies; et ce recours soumettait une cause à l'épreuve de plus d'un jugement. La sentence rendue par *deux* ou *quatre* Sections prenait la dénomination propre et indicative de *duplex judicium*, *quadruplex judicium*[60].

Les Magistrats égaux en pouvoir, comme les Con-

58 Gaius, IV. §§ 47. 104. 107.

59 Gaius, IV. § 46 : « Cæteras (formulas) *in factum* vocamus in quibus..... initio formulæ, nominato eo quod *factum est*.... nam in eo ita est : RECUPERATORES *sunto*...., etc. »

60 Il y a controverse sur ce point d'érudition, savoir si la qualification vient du nombre *des jugements rendus*, ou du nombre des *sections réunies*. La deuxième solution nous paraît plus conforme à la raison, et le bon sens l'a établie par l'appel et d'autres recours dans les institutions judiciaires anciennes et modernes.

suls, les Préteurs urbain ou pérégrin, avaient le VETO par rapport à leurs actes respectifs; et ce droit, appliqué aux actions judiciaires, était appelé droit D'INTERCESSION. Ainsi Verrès, préteur de la ville, trouvait obstacle à ses injustices dans l'intercession habituelle de L. Pison, préteur des étrangers; et Jules César nous montre le préteur Cœlius Rufus plaçant son tribunal auprès de celui du préteur de la Ville C. Tribonius, pour recevoir plus facilement les réclamations des débiteurs qui en *appelleraient* à son intercession : SI QUIS APPELLASSET [61]. Le droit d'INTERCESSION appartenait également aux Tribuns, qui pouvaient s'opposer devant le magistrat à la continuation du litige, et faire ainsi renvoyer l'affaire à une époque où le magistrat qui donnait le juge ne serait plus en exercice. Le *veto* ne pouvait être opposé qu'au magistrat, et par le tribun présent à l'injustice commise. Les Tribuns étaient sans force, quand le litige était engagé devant les centumvirs ou les autres juges. Ils n'avaient, au surplus, leur droit d'intercession que dans Rome et à un mille autour de Rome [62]. Les Judicia Legitima

61 Cic., de Leg. : PAR MAJORVE POTESTAS PLUS VALETO.

In Verr., I. 46 : Piso multos codices implevit earum rerum in quibus ita *intercessit*, quod iste (Verres) aliter atque ut edixerat decrevisset. — In æquitate prudentiaque Pisonis paratissimum perfugium.

J. Cæsar., de Bello civili, III. 20 : Iisdem temporibus Romæ Cœlius Rufus prætor, causa debitorum suscepta, initio magistratus tribunal suum juxta C. Trebonii urbani sellam collocavit; si quis *appellasset* de æstimatione, et de solutionibus quæ per arbitrum fierent, ut Cæsar præsens constituerat, fore auxilio pollicebatur.

62 Aulu-Gell., XIII. 12 : Tribuni, antiquitus creati, videntur non juri dicundo, nec causis querelisque de absentibus noscendis, sed INTERCESSIONIBUS FACIENDIS quibus præsentes fuissent, ut injuria quæ coram fieret arceretur. (V. Walter, *Proc. des Rom.*, ch. 8, p. 96.)

auxquels les tribuns opposaient leur *veto* reprenaient leur cours à l'expiration des fonctions du tribun opposant; ils se soutenaient par l'autorité de la Loi; tandis que les jugements récupératoires, ou les autres litiges qui étaient subordonnés à l'*imperium* du magistrat, à la durée de sa magistrature, pouvaient long-temps, et même complètement, rester sans solution, par l'opposition tribunitienne. En effet, si l'opposition se maintenait pendant l'année assignée au pouvoir du préteur, tout était arrêté : le pouvoir annuel du magistrat cessant, il fallait recommencer la procédure devant son successeur; or, elle ne pouvait arriver à solution, si d'autres tribuns usaient encore de leur droit de *veto* et reprenaient l'opposition de leurs prédécesseurs. — La force et la garantie des jugements ou instances légitimes étaient donc bien plus grandes, à Rome, que celles des litiges soumis à la compétence des récupérateurs, et que celles des autres procédures appuyées, non sur la Loi, mais seulement sur le pouvoir du Magistrat[63].

63 Gaius, IV, §§ 105—106. Ces *judicia* étaient désignés sous cette locution, *quæ imperio continentur*. Tous ceux qui n'étaient pas *légitimes* étaient appuyés seulement par le pouvoir du magistrat. Cette différence tenait sans doute à l'origine même de ces institutions. Les jugements légitimes avaient leur origine dans la Loi des XII Tables; les jugements récupératoires, ou autres semblables, avaient pris naissance dans la Coutume; l'usage s'était établi sous la protection du magistrat, et l'exercice du droit était attaché spécialement à cette protection. Quand cette protection n'était plus possible par l'expiration même de la charge annuelle du magistrat, le droit restait sans force et sans appui. Par jugement ici, l'on ne doit pas entendre la chose jugée, mais la poursuite en justice ou l'instance commencée.

### § 2. — PROCÉDURE ORDINAIRE SOUS LA LOI DES XII TABLES ET LE DROIT PRÉTORIEN.

I. — ACTIONES LEGIS. — Les actions de la Loi étaient tout-à-fait distinctes des actions réelles et personnelles, dont nous avons déterminé la nature et les principales subdivisions à l'occasion de la compétence. Elles constituaient la mise en action de la Loi des XII Tables, ou la forme de procéder : *quæ ad leges actionem pertinent*, disait Gaius; *quæ formam agendi continent*, disait Pomponius[64]. C'était, en langage moderne, un Code de procédure mis à côté d'un Code civil.

Les actions de la Loi avaient été créées, après la Loi des XII Tables, par le Collége des pontifes, ou par les jurisconsultes patriciens, qui avaient aussi rédigé des FORMULES accessoires à chaque action. Cette union de la forme de procéder et de la formule accessoire était comprise dans la notion des *actions légitimes*, qu'il ne faut pas confondre avec les *actes légitimes*, tels que l'adoption, l'émancipation, la dation de tuteur, l'adition d'hérédité[65]. C'est principalement par les formules accessoi-

64 Gaius, IV. § 4. Pomponius, *de Orig. Jur.*, § 12.

65 Deinde ex his legibus eodem fere tempore actiones compositæ sunt, quibus inter se homines disceptarent; quas actiones, ne populus prout vellet institueret, certas solemnesque esse voluerunt; et appellatur hæc pars juris Legis Actiones, id est LEGITIMÆ ACTIONES. (*Pomp.*, *de Orig. Jur.*, § 6.) — ACTUS LEGITIMI.... veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris.... Ces actes légitimes n'étaient susceptibles ni de terme, ni de condition. (*D.*, *de Reg. Jur.*, l. LXXVII. Papin. — D. XXX. 1. 5. Servi electio. Paul.)

La question *des actes légitimes* avait divisé Hotman et Cujas. — Gravina s'était rangé du côté de Cujas, et avait très-bien établi la distinction à faire. (*Gravina*, *de Jur. nat. gent., et XII Tab.*, ch. LXXIX.)

res que les patriciens retenaient les plébéiens dans leur dépendance : seuls ils fixaient, comme pontifes, ou connaissaient les Féries et les jours Fastes (*Dies fasti*), jours de justice et d'affaires; et seuls ils déterminaient ou connaissaient les mots sacramentels des formules légitimes.

Le censeur Appius Claudius Cœcus avait rédigé, au v^e siècle, le tableau des Fastes et le recueil complet des Formules; son secrétaire, Cn. Flavius, livra au public les formules, et exposa les fastes autour du Forum [448], peut-être de l'avis même du Censeur[66]. Cette publication, connue sous le nom de DROIT CIVIL FLAVIEN, fut la cause d'une grande joie pour le peuple, qui récompensa Cn.

66 Postea cum Appius Claudius proposuisset et *ad formam* redigisset has actiones.... (*De Orig. Jur.*, § 7. *Pomp.*)

Cujas a proposé de lire *ad formulam.* — Le sens l'indique; Van-Leuwen s'est trompé en critiquant Cujas. (*De Orig. et Prog. Jur. civ.*, *cum notis Vinnii.* 1671.) Il ne peut être question ici, au surplus, d'Ap. Claudius le décemvir, mais d'Appius Claudius CÆCUS, dont parle Tite-Live (IX. 29. 46), et que Pline indique positivement. (XXXIII. 1.)

Cicéron, dans le discours pro Murena (II. t. 10. p. 218), et dans l'épître à Atticus (VI. 1. tom. 19. p. 121), donne au sujet de Cn. Flavius des renseignements précis. Atticus les avait révoqués en doute; Cicéron en rétablit la vérité par la tradition. — Pline l'Ancien exclut toute idée de supercherie, de la part de Cn. Flavius, dans la publication des Fastes; il dit que la publication fut faite à l'invitation d'Appius, *cujus hortatu.* (XXXIII. 1.) Les expressions de Tite-Live semblent d'accord avec ce fait : Fastos circa forum *in albo* proposuit. (IX. 46.) Du reste, un passage de Valère-Maxime dit bien clairement que la divulgation porta sur les fastes et sur les formules du droit civil : « *Jus civile* per multa secula inter sacra, ceremoniasque Deorum immortalium *abditum*, solisque pontificibus *notum*, Cn. Flavius, libertino patre genitus, et scriba, cum ingenti nobilitatis indignatione factus ædilis curilis, vulgavit, et fastos pene toto foro exposuit. » (II. 5.)

Flavius, le fils d'un affranchi, par le tribunat et l'édilité curule, et causa en même temps une grande douleur à la noblesse patricienne et aux sénateurs, qui, dans leur indignation, jetèrent loin d'eux leurs anneaux[67]. Les patriciens se ravisèrent cependant; et pour rendre leur intervention nécessaire dans toutes les affaires, dit Cicéron, ils composèrent des formules nouvelles, indiquées seulement par des signes abréviatifs (*notas quasdam composuerunt*). Un siècle après, vers 552, les formules mystérieuses furent expliquées, produites au grand jour et augmentées sous le nom de DROIT ÆLIEN, par un patricien, Sextus Ælius, que le plus ancien poète des Romains célébrait comme un homme de science et de noble cœur[68].

Ainsi, les actions de la Loi, formes de procéder peu nombreuses, ne doivent pas être confondues avec ces formules accessoires qui furent successivement appelées Droit civil Flavien, Droit Ælien, formules qui étaient appropriées aux termes de la Loi des XII Tables, comme le dit Gaius, et conçues d'une manière générale et permanente pour les affaires d'un certain genre[69].

C'est dans le choix que devait faire le plaideur de la

67 Quo facto tanta senatus indignatione exarsit, ut annulos ab eo abjectos fuisse, in antiquissimis reperiatur annalibus. (*Plin.*, *Hist. nat.*, XXXIII. 1.)

68 Egregie Cordatus, homo catus OElius Catus. (*Ennius*, *poeta.*) Sextum OElium etiam Ennius laudavit. (*Pomp.*, § 38.)

69 Hic liber qui actiones continet appellatur JUS CIVILE FLAVIANUM..... Augenti civitate, quia deerant *quædam genera agendi*, Sextus Ælius alias actiones composuit et librum populo dedit qui appellatus JUS OELIANUM. (*Pomp.*, § 7.)

..... Ipsarum legum verbis accommodatæ erant et ideo immutabiles, proinde atque leges observabantur. (*Gaius*, IV. § 11.)

formule applicable à sa demande que se trouvait le danger : s'il se trompait d'un mot, s'il n'employait pas tous ceux de la formule sacramentelle arrêtée d'avance, il perdait son procès devant les tribunaux ou les juges, pris exclusivement dans l'ordre des patriciens[70]. Pour éviter l'erreur, le plébéien, le client était nécessairement contraint de recourir aux patriciens, auteurs et dépositaires des formules.

Les actions de la Loi sont indiquées au nombre de cinq : on agissait par Consignation, par Demande de juge, par Dénonciation au magistrat, par Main-mise, par Saisie de gage; ou, pour employer les termes techniques, d'après Gaius (IV, § 12), on agissait SACRAMENTO, PER JUDICIS POSTULATIONEM, PER CONDICTIONEM, PER MANUS INJECTIONEM, PER PIGNORIS CAPTIONEM.

Cette dernière action, la saisie de gage, était un procédé extrajudiciaire, appliqué d'abord à la garantie du citoyen qui avait vendu une victime pour les sacrifices, contre l'acheteur qui ne l'avait pas payée; garantie étendue, depuis, au soldat pour le paiement de sa solde (*stipendium*), aux publicains pour le paiement des revenus publics. Cette saisie avait lieu hors de la présence du magistrat, et souvent en l'absence de l'adversaire, même dans les jours néfastes : c'était donc improprement, comme le dit Gaius, qu'elle avait été qualifiée action de la Loi[71].

70 Gaius, IV. § 30 : Namque ex nimia subtilitate *veterum* qui *tunc jura condiderunt*, eo res perducta est ut vel qui minimum errasset, litem perderet.

71 Gaius, IV. §§ 12. 29 : Quibusdam non placebat, primum quod pignoris captio extra jus peragebatur, id est non apud prætorem, plerumque etiam absente adversario.... præterea nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

Restaient les quatre actions qui formaient, avec l'ajournement en Justice et le *Vadimonium*, l'ensemble de la procédure suivie, soit *in Jure*, devant le magistrat, soit *in Judicio*, devant les centumvirs, le juge, l'arbitre, les récupérateurs. Nous allons en marquer ici le caractère et le mouvement.

Tout procès, dans les premiers temps de la Loi des XII Tables, commençait par la *Vocatio in Jus* ou l'ajournement. C'était une sommation verbale que le demandeur faisait à son adversaire de le suivre au tribunal du Consul ou du Préteur. S'il y avait refus, ou tentative de fuite, le demandeur prenait des témoins, saisissait l'adversaire, le conduisait de force devant le magistrat [72]. Pour éviter cette comparution forcée, le défendeur pouvait offrir un représentant, VINDEX, qui assumait le procès sur sa tête. Le riche servait de répondant au riche, au prolétaire tout citoyen [73]. Celui que la maladie ou l'âge empêchait de marcher au tribunal, y était transporté par les soins du demandeur. Le défendeur ne pouvait être arraché de sa maison; le domicile du citoyen était inviolable : DOMUS TUTISSIMUM CUIQUE REFUGIUM ATQUE RECEPTACULUM [74].

72 « SI IN JUS VOCAT, NI IT, ANTESTATOR; IGITUR EM CAPITO. » (*Tab*. I. 1.) — Cic., de Legib., II. 4. — Aulu-Gell., XX. 1.

73 « ASSIDUO VINDEX ASSIDUUS ESTO; PROLETARIO QUOIQUIS VO» LET, VINDEX ESTO. » (*Tab*., I. 4.)

Le *vindex* n'était pas un simple fidéjusseur promettant que le défendeur se représenterait.—(*Voir M. Bonjean, Traité des Actions*, § 192.)

74 Gaius, ad Leg. XII Tab. : Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere : quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit; eumque qui inde in jus vocaret vim inferre videri. (*D*., II. 4. 18.) — Même règle sous l'édit du préteur : Nemo de domo sua extrahi debet. (*De Reg. J*. 103, *Paul. ad edictum*.)

La violence empêchait quelquefois l'effet de cette citation par main-mise personnelle; le citoyen conduit au tribunal était délivré par ses amis; mais, pour éviter ces luttes de vive force, le préteur accorda une action pénale contre celui qui enlevait, par violence, le défendeur conduit en justice[75].

La *Vocatio in Jus* était applicable, avec sa rudesse primitive, à toutes les classes de personnes. Il y avait unité dans le principe qui imposait au demandeur lui-même l'obligation de traduire le défendeur devant le magistrat sans l'intervention d'un officier public, et il y avait d'abord uniformité dans l'application. Les édits du préteur apportèrent quelques modifications pour certaines personnes, les ascendants, les patrons, les ascendants et les enfants des patrons, lesquels ne pouvaient être appelés en justice qu'avec l'autorisation du magistrat; exception d'honnêteté publique, étendue au droit des provinces[76]. L'action de la loi *per condictionem*, comme nous le verrons bientôt, put dispenser de la forme primitive pour un certain genre d'affaires, et l'usage introduisit la stipulation, entre parties, de se présenter à jour fixe devant le magistrat ou le juge.

75 C'était l'action de vi non eximendo in jus vocatum. (*Inst. Just.*, IV. 6. 12, *et D.*, II. 7.)

76 Ait prætor : « PARENTEM, PATRONUM, PATRONAM, LIBEROS, PARENTES PATRONI, PATRONÆ, IN JUS SINE PERMISSU MEO, NE QUIS VOCET. (*D.*, II. 2. 4.)

L'empereur Alexandre ajouta aux personnes exceptées l'épouse du manumisseur [an 231]. (*Cod. Just*, II. 2. 1.)

Nec in ea re rusticitati venia præbeatur, cum *naturali ratione* honor hujusmodi personis debeatur. (*Gordianus* [*an.* 240]. *Cod. Just.*, II. 2. 2.)

Cette promesse de comparution était comprise sous le mot de VADIMONIUM, et pouvait être faite au moment où le demandeur ajournait verbalement le défendeur. Le Vadimonium avait lieu aussi devant le magistrat, quand l'affaire était remise à une autre audience : dans l'un et l'autre cas, il y avait obligation de comparaître au jour indiqué[77].—La promesse était faite ou purement et simplement, ou avec caution, ou par serment, ou avec nomination de récupérateurs chargés de condamner, de suite, au paiement de la somme convenue celui qui ferait défaut. L'obligation du Vadimonium était-elle pure et simple ou sans détermination de somme? Le magistrat condamnait à des dommages et intérêts; mais la condamnation ne pouvait dépasser en valeur la moitié de la demande ou la somme de cent mille sesterces[78]. S'il s'agissait, cependant, de l'action *Judicati*, *Depensive*, c'est-à-dire s'il y avait obligation née d'un premier jugement ou d'un paiement fait au nom du défendeur par un SPONSOR, la peine du *Vadimonium* pouvait égaler la valeur même du litige[79].

77 Le premier cas est indiqué dans Cicéron, sous le nom de *vadimonium* (*pro Quintio*, XIV.), et dans les lois du Digeste, comme stipulation ou promesse faite *in judicio sistendi causa*. (*D.*, II. 5 et 6.)

Le second cas est seul compris dans l'explication que Gaius donne du vadimonium, IV. §§ 184 et suiv.

78 Cum quis *in judicio* sisti promiserit, neque adjecerit pœnam, *si status non esset*, incerti cum eo agendum est in id quod interest, verissimum est, et ita Celsus quoque scribit. (*D.*, II. 5. 3. *Ulp.*)

Pour les autres dispositions, Gaius, IV. §§ 186-187. — Cependant, sur le chiffre des sesterces, il y a quelque incertitude, d'après l'état du manuscrit de Gaius (*édit. Lachmann*, p. 414, note 14.) — M. Bonjean a adopté le chiffre de 50,000 sesterces (*V.* p. 458). Les 100,000 H. S. font 21,000 fr.

79 Et si quidem judicati depensive agetur, tanti fiet vadimonium quanti ea res erit... pro quo *sponsor dependisset*. (*Gaius*, IV. § 186. § 22.)

Lorsque la partie ne comparaissait pas devant le magistrat au jour marqué, le Vadimonium était dit abandonné, et une mesure de rigueur, l'envoi en possession des biens, pouvait être réclamée par le demandeur et prise par le magistrat, après un délai de trente jours[80]. — De même, quand un citoyen se cachait par esprit de fraude, pour échapper à l'ajournement, ou lorsqu'il était absent et non représenté par un procurateur ou par un citoyen honnête, *arbitratu boni viri*, l'édit du préteur, après trois avertissements publiés de dix jours en dix jours, ordonnait l'envoi en possession. Si la saisie des biens n'était pas attaquée par une opposition personnelle du défendeur, et si une procédure nouvelle n'était pas engagée sur sa validité, la vente publique, qui emportait la note d'infamie, pouvait avoir lieu après une possession de trente jours[81].

80 Cic., pro Quintio : Vadimonium ait esse desertum... ad vadimonium non venit. (Cap. 14-16.) ... Postulaturus eras quando? Post dies xxx. (Cap. 26.) Ei... absenti omnia fortunarum suarum, omnia vitæ ornamenta per summum dedecus et ignominiam deripi convenit. (Cap. 20.) — Le plaidoyer de Cicéron pour Quintius est le plus ancien de ceux qui nous ont été transmis. Il fut prononcé par Cicéron, âgé de vingt-six ans, en 673, devant un juge et trois assesseurs. — Il est très-précieux pour la procédure romaine, et spécialement pour le *vadimonium* et les représentants des absents.

81 Recita edictum : QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITARIT. CUI HÆRES NON EXSTABIT. QUI EXSULII CAUSA SOLUM VERTERIT. QUI ABSENS JUDICIO DEFENSUS NON FUERIT.... (Ex edicto prætoris, bona possideri.) ....... Hic constat procuratoris diligentis officium. Debere tibi Quintium (absentem) : procurator negat. Vadari vis : promittit. In jus vocas : sequitur. Judicium postulas : non recusat. Quid aliud sit absentem defendendi, ego non intelligo. At quis erat procurator? —Eques Romanus locuples, sui negotii bene gerens. (*Cic.*, *pro Quintio*, XIX.) — C'est sur une opposition à un envoi en possession, à une saisie des biens, qu'a porté la cause de Quintius.

La Vocatio in Jus étant accomplie et les deux parties étant présentes devant le magistrat, alors avait lieu la procédure par les actions de la Loi.

1° Le SACRAMENTUM constituait la forme générale de procéder, dans toutes les contestations auxquelles n'étaient pas attachées des formes spéciales. Cette forme était obligatoire pour toutes les causes Centumvirales; et même quand la loi Æbutia et les lois Juliæ, dont nous parlerons bientôt, eurent aboli les actions légitimes, elle fut encore suivie dans les causes portées au tribunal des Centumvirs. — Cette action de la Loi pouvait s'appliquer aux obligations personnelles, mais seulement comme mode facultatif, car on était libre, en ce cas, de procéder par la Demande de Juge [82].

Le Sacramentum consistait dans la provocation réciproque des parties au paiement, à titre pénal, contre celle qui succomberait, d'une somme de cinq cents as, pour les valeurs de mille livres d'airain ou plus; de cinquante as, pour les valeurs moindres ou pour la vendication en liberté, *causa liberalis* [83]. L'argent était consacré, dès l'origine, aux sacrifices publics : de là le nom de Sacramentum [84]. La somme destinée aux sacrifices était versée au Trésor. D'après Varron, la consignation

82 Gaius, IV. §§ 13. 20 : Sacramenti actio generalis erat.....: Quum de eo quod nobis dari oportet, sacramento aut per judicis postulationem.....

83 Gaius, IV. § 16 : ÆRES SACRAMENTO TE PROVOCO..... SIMILITER EGO TE.

84 « Sacramenti autem nomine id æs dici cœptum est quod et propter ærarii inopiam et *sacrorum publicorum* multitudinem consumebatur id in rebus divinis. » (*Festus, v° sacramentum.*)

réelle était préalablement exigée; du temps de Gaïus, des cautions suffisantes (*prædes*) étaient fournies entre les mains du préteur, jusqu'à la décision du litige [85]. Le magistrat donnait ensuite le Judicium, c'est-à-dire renvoyait les parties devant le tribunal des centumvirs, devant le juge, l'arbitre ou les récupérateurs, selon la nature de la cause; et les juges désignés étaient saisis de la connaissance du litige [86]. Il n'y avait pas, d'après la Loi des XII Tables, de formule donnée par le Magistrat. Celui-ci renvoyait devant le juge, mais n'indiquait pas de quelle formule spéciale le demandeur devait user : « PRÆTOR IS QUI JUDICIA DAT, dit Cicéron, NUNQUAM PETITORI PRÆSTITUIT QUA ACTIONE ILLUM UTI VELIT [87]. » La partie choisissait, à ses risques et périls, la formule légitime établie d'avance, pour en faire l'application à la cause; et, s'il y avait erreur dans le choix de la formule ou son application, la cause était perdue. Gaius donne l'exemple de la perte d'un procès sur des ceps de vigne, *de vitibus succisis*, parce que le mot *vites* avait été employé au lieu d'*arbores*, seul mot contenu dans la Loi des XII Tables, et qui devait se retrouver aussi dans la formule légitime.

85 Varro, de Ling. lat., IV. 36 : Ea pecunia quæ in judicium venit in litibus, sacramentum *a sacro*.... qui judicio vicerat suum sacramentum e sacro auferebat; sacramentum victi ad ærarium redibat.

Gaius, IV. § 13, dit : Prædes eo nomine *prætori dabantur*.

§ 16 : « Prædes ipse prætor ab utroque accipiebat sacramenti. »

Du temps de Gaius, le *sacramentum* existait toujours pour les causes centumvirales; mais la réalité de la consignation avait été remplacée par le cautionnement.

86 Prætor decernit.... jubet.... (*Cic.*, *pro Quintio*, cap. VIII.)

87 Cic., pro Cæcina, cap. III. tom. 8. p. 428.

2° La seconde action de la Loi, JUDICIS POSTULATIO, s'appliquait principalement aux obligations personnelles. Dans l'une et l'autre forme de procéder, il y avait demande de juge; mais, dans la première, il y avait une consignation qui augmentait le péril du procès; dans la seconde, il n'y avait pas consignation : aussi le Sacramentum était indispensable dans les matières de la compétence centumvirale, qui embrassait les grandes question d'état, de domaine quiritaire et d'hérédité, tandis que la *judicis postulatio*, purement applicable aux actions personnelles, prétoriennes, possessoires et *in factum*, servait d'introduction aux litiges devant le juge, l'arbitre, les récupérateurs, et non devant les Centumvirs. La forme de procéder par Consignation était générale; la forme de procéder par Demande de juge était spéciale : et pour des juges, de compétence tout à fait distincte, il y avait, ainsi, deux formes distinctes de procéder, sous la Loi des XII Tables. — L'une et l'autre devaient être précédées de la *Vocatio in Jus* [88].

3° L'action de la Loi, appelée CONDICTIO, ne provenait pas de la Loi des XII Tables, mais de Lois postérieures, la loi SILIA, qui l'avait créée pour toute demande de sommes déterminées, la loi CALPURNIA, qui l'avait appliquée à toute demande d'un objet déterminé, et par conséquent de la compétence du Judex [89]. Le demandeur

88 Il y a lacune dans Gaius sur la *judicis postulatio* (§ 15); mais nous tirons notre explication de la combinaison du § 20 avec d'autres; et cette explication est tout-à-fait en harmonie avec la distinction des compétences.

89 La loi Silia est d'une date incertaine, mais antérieure par son objet à la loi *Calpurnia*, dont la date est reportée par Haubold et M. Blondeau à l'an 520.

faisait dénonciation au magistrat, et il devait ensuite intimer à son adversaire la dénonciation par mode solennel, et l'assigner publiquement[90]. Il obligeait ainsi le défendeur à se présenter dans les trente jours devant le tribunal, pour recevoir un juge. De là, dit Festus, *condicere est dicendo denuntiare : condictio est in diem certum ejus rei quæ agitur denunciatio*. Cette action de la Loi paraissait superflue à quelques jurisconsultes, comme nous l'apprend Gaius; car il existait déjà une forme générale et une procédure spéciale pour demande de juge[91]. Mais il y avait ici cette différence essentielle, que la Condictio n'était pas précédée de la vocatio in Jus, et qu'elle en tenait lieu : elle évitait donc la violence possible du demandeur sur la personne du défendeur ou le Vadimonium. Cette cause, bien suffisante pour motiver son introduction dans la procédure, postérieurement à la Loi des XII Tables et vers le VI[e] siècle, l'a maintenue dans le droit des époques postérieures jusqu'à Justinien, avec des modifications de formes ou de délais, et avec des restrictions indiquées, selon la nature des intérêts en litige[92].

90 Actor, seu petitor reo litem adversario suo denunciare, *intimare* debebat et *solemni more*, per publicam conventionem. *Gothof. Paratitl., Cod. Th.*, lib. II. 4. (Tom. 1. p. 110. *Ritter.*)

91 Gaius, IV. § 20 : Quare autem hæc actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet potuerimus sacramento aut per judicis postulationem agere, valde quæritur.

92 L'usage se maintint, après la suppression des *actions de la loi*, que le demandeur, pour toutes les causes civiles, indiquât solennellement, par dénonciation au défendeur, un jour certain, *ut diem certum condiceret*. Les délais étaient de quatre mois, si le *fisc* intimait un particulier; de six mois, si un particulier agissait contre le fisc.—Les

4° Les trois actions de la Loi que nous venons d'indiquer sont les formes de procéder établies pour obtenir jugement; la quatrième, MANUS INJECTIO, est la forme ou procédure d'exécution.

La Loi des XII Tables n'autorisait cette main-mise sur le débiteur que pour chose jugée[93]. Celui qui avait obtenu la sentence, rappelait la condamnation : OB EAM REM EGO TIBI PRO JUDICATO MANUM INJICIO. Puis il saisissait le débiteur; et il n'était pas permis au condamné de repousser la main du saisissant, et d'exercer action selon la Loi. Il devait donner un répondant (vindex) qui avait coutume d'agir pour lui. Le débiteur qui ne pou-

dénonciations solennelles et les longs délais furent modifiés par Constantin, en 319. (*Cod. Theod.*, *de Denuntiation. vel edict. rescripti*, L. II. tit. 4.) — En 406, les empereurs Honorius, Arcadius et Théodose supprimèrent la dénonciation dans sept espèces de causes, qui furent soumises à une simple citation avec délais :

1° L'argent dû par *fœnus*, *mutuum* ou par obligation *littérale*;

2° Les fidéicommis;

3° Les interdits;

4° La plainte d'inofficiosité;

5° L'action de tutelle;

6° L'action *negotiorum gestorum*;

7° Les causes civiles d'un intérêt modique, c'est-à-dire n'excédant pas la somme de *centum solidorum*.

Cod. Th., II. 4. 6. (*Vide Comment. Goth.*, tom. I. p. 120, *et Perezius*, *ad Inst.*, IV. 6. 1.) — Il ne faut pas oublier que les sept causes ci-dessus sont indiquées long-temps après le changement de l'organisation judiciaire introduite par Dioclétien, et après la suppression des actions de la loi. Aussi, dans la suppression de la dénonciation, on mentionne une cause qui appartenait à l'action de la loi *sacramentum*, la *plainte d'inofficiosité* qui était portée devant les centumvirs, selon l'ancienne organisation. — Honorius permit la simple citation dans les procès concernant l'Église. (Cod. Théod., *id.*, L. 7.)

93 Gaius, IV. §§ 21. 22. 24, pro judicato.

vait l'offrir était conduit et enchaîné dans la maison du créancier.

Des lois postérieures étendirent à d'autres causes la Manus injectio : ainsi, la loi *Marcia* l'autorisait contre l'usurier, quand le débiteur agissait en restitution [94]; mais, dans ces autres causes, il était permis de repousser la main-mise. — A l'action exercée seulement *pro judicato* était attaché le privilége d'obéissance passive. L'autorité de la chose jugée couvrait du respect qui lui était dû la main du créancier exerçant la contrainte par corps. — Lorsque le débiteur condamné voulait satisfaire au paiement de la condamnation, soit avant, soit après la saisie personnelle, l'acquittement de la dette se faisait par la forme générale de la mancipation [95]. Le paiement pouvait se faire par le condamné ou par un tiers intervenant. Ainsi, d'après Tite-Live, nous avons vu Manlius acquitter *per æs et libram* la dette d'un citoyen que son créancier conduisait en prison [96].

94 Gaius, IV. § 23 : Sed aliæ leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus injectionem, sed puram, id est pro non judicato; velut lex Furia.... item lex Marcia adversus fœneratores ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus injectionem cum eis ageretur.

95 Quod et ipsum genus certis in causis receptum sit; velut si quid.... ex judicati causa debitum sit. (*Gaius*, III. § 173.)

96 Tit. Liv., VI. 14. *Supra*, sect. 4, § 2. n° IV. p. 148.)

II. — PROCÉDURE FORMULAIRE. — Les publications faites successivement par Cn. Flavius et Sextus Ælius, livrèrent au peuple reconnaissant le mystère et la solennité des formules accessoires aux actions de la Loi[1]. Ces formules alors cessèrent d'être, pour les patriciens, un moyen de retenir les plébéiens dans leur dépendance, et les actions de la Loi cessèrent bientôt aussi d'être l'unique mode de procéder en justice. La loi Æbutia, dont la date précise est inconnue, les abrogea même en partie. Ce Plébiscite, qui devait être postérieur à l'époque où les formules abrégées furent expliquées au peuple par S. Ælius, et qu'on peut ainsi placer à la fin du VI^e^ ou au commencement du VII^e^ siècle, avait plusieurs objets[2] : il abrogeait d'abord certaines dispositions de la Loi des XII Tables, qui tenaient à l'ordre criminel, comme la peine du Talion, la recherche du vol, *cum lance et licio*, la peine des 25 as pour injure; il abrogeait aussi des dispositions de l'ordre civil sur la qualité des cautions ou répondants en justice (*assidui*, *vades et subvades*); mais Aulu-Gelle, qui rappelle ces abrogations partielles, a donné au plébiscite un sens trop absolu, concernant les actions de la

1 Cic., pro Murena, II : Inventus est scriba qui.... et ab ipsis jurisconsultis *sapientiam* compilarit.

2 Haubold, suivi par M. Blondeau, indique la date de 520 comme probable; mais il est impossible de l'admettre. Le livre de Sextus Ælius, qui expliquait les sigles et les difficultés des actions de la loi, aurait été beaucoup moins utile, si les actions de la loi avaient été abrogées; et cependant il a pris, dans l'histoire du droit, le nom de *Jus ælianum*, qui suppose la pleine activité du système des actions auquel il s'appliquait. La loi Æbutia doit donc être placée après l'an 552, époque du *Jus ælianum*. Heffter la met au commencement du VII^e^ siècle. (*Observ.*, p. 23, *et Tabula fontium.*)

Loi, qu'il a supposées entièrement abrogées, excepté dans les causes centumvirales [3]. Cicéron nous montre des actions de la Loi suivies, depuis le plébiscite, dans des causes étrangères à la compétence des Centumvirs[4]; et Gaius nous représente les deux lois Juliæ comme ayant concouru, avec la loi Æbutia, à l'abolition des actions de la Loi, sauf toujours l'exception du jugement des Centumvirs [5].

C'est vers le temps de la loi Æbutia, et par conséquent dans le VII[e] siècle, que s'introduisit la Procédure prétorienne par les formules, ou ce qu'on est convenu de dénommer le système Formulaire. « *Effectum est,* dit Gaius, *ut per concepta verba, id est per formulas litigaremus.* » Le Préteur indiquait, dans son Édit, les formules qu'il don-

3 Sed enim quum *proletarii* et *assidui* et *sanates* (id est, rebelles ad sanam mentem regressi (Gronov.), et *vades* et *subvades et viginti quinque asses, et taliones, furtorumque quæstio cum lance et licio evanuerint,* omnisque illa XII Tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, lege Æbutia lata, consopita sit : studium scientiamque ego præstare debeo, juris et legum vocumque earum quibus utimur. (*Aulu-Gell.*, XVI. 10.)

4 Cicéron dit d'une manière générale, in Verr., II. 16 : Quis unquam isto prætore, *Chelidone invita*, lege agere potuit? — In Verr., III. 11, il indique la *pignoris capio*. — Ailleurs, il indique la demande de l'arbitre *familiæ erciscundæ* et *de finibus regundis*, sans formule prétorienne. — Heffter le reconnaît, p. 19; mais il conjecture que les deux actions *Judicis postulatio* et *Condictio* étaient abrogées par la loi Æbutia, pure hypothèse détruite par la permanence même de la *condictio*, qui a subsisté si long-temps en fait dans le droit romain, sous son nom ou celui de *Denunciatio*. — M. Bonjean n'a pas adopté l'hypothèse de Heffter. (I. p. 411.)

5 Gaius, §§ 30. 31 : Itaque per legem Æbutiam et duas Julias sublatæ sunt istæ legis actiones.... Les lois Juliæ judiciariæ sont attribuées, l'une à Jules César, l'autre à Auguste [708-729], par Haubold. Heffter croit devoir les attribuer toutes deux à Auguste.

nerait selon la nature des actions, et ces formules, annoncées d'avance par l'Album prétorien, étaient toujours composées avec le plus grand soin. Mais le Préteur ne s'en tenait pas là : les citoyens auraient pu se tromper dans l'application; et le magistrat, en nommant le juge pour chaque cause, donnait la formule spécialement assortie à la prétention du demandeur et aux noms des parties.

La Formule contenait ordinairement trois éléments : 1° La DEMONSTRATIO, qui indiquait principalement la chose dont il s'agissait, comme la vente ou le dépôt d'un objet dans les contrats nommés, la chose donnée ou le fait accompli par l'une des parties dans les actions *præscriptis verbis* qui naissaient des contrats innommés;

2° L'INTENTIO, qui exprimait la prétention du demandeur, soit en droit, soit en fait;

3° La CONDEMNATIO, qui donnait au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre, mais qui, du temps de Gaïus, tendait toujours à une somme d'argent.

4° S'il s'agissait d'un partage entre héritiers, entre associés ou propriétaires indivis, d'une contestation de limites entre voisins, la Condemnatio était remplacée par l'ADJUDICATIO[6].

La formule était arrêtée en présence du défendeur, et si ce dernier avait une exception à opposer, exception puisée soit dans les lois, soit dans l'édit du préteur ou dans une cause de restitution *in integrum*[7], elle devait

6 Gaius, IV. §§ 39 et seq.

7 Gaius, IV. § 118 : Exceptiones autem alias in edicto prætor habet propositas, alias, causa cognita, accommodat; quæ omnes vel ex legibus, vel ex his quæ legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione prætoris proditæ sunt.

être proposée devant le magistrat, qui l'insérait dans la formule, sous une locution contraire à la prétention du demandeur : par exemple, *si rien n'a été fait par dol*, *s'il n'y a pas eu promesse de ne pas réclamer*. L'exception, jointe à la formule, rendait la condamnation conditionnelle[8].

Les parties n'avaient qu'à présenter au juge la formule et les exceptions accessoires. Le demandeur y conformait ses preuves et moyens, le défendeur ses exceptions et défenses. Le juge vérifiait les faits et moyens de part et d'autre, et, usant du pouvoir de condamner ou d'absoudre, il appliquait la formule et rendait le jugement, sans qu'il y eût retour au Préteur pour cette application.

Mais il y avait une grande exception ou restriction apportée à la procédure formulaire; nous l'avons indiquée déjà avec Aulu-Gelle et Gaius : elle regardait les causes Centumvirales.

Depuis la loi Æbutia et les lois Juliæ Judiciariæ qui concouraient à l'abolition de l'ancienne procédure, on continua d'agir devant les Centumvirs par la consignation, Sacramentum, l'action de la Loi qui avait le caractère de généralité[9]. Ce tribunal, juge des grandes questions d'état, de propriété quiritaire, d'hérédité, n'avait pas besoin d'une formule spéciale, qui aurait pu gêner la dis-

8 Gaius, IV. § 119 : « Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur... Si in ea re nihil *de dolo malo* factum sit. — Si inter A et N, non convenit ne ea pecunia peteretur..... omnis exceptio objicitur quidem a reo; sed ita formulæ inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem. »

9 Gaius, IV. § 31 : Et si *centumvirale judicium* fuerit provocatum, ideo quum *ad centumviros itur*, ante agitur Lege, SACRAMENTO, apud prætorem urbanum vel peregrinum. (*Vid. Aul. Gell.*, XVI. 10.)

cussion des points de droit, la délibération et la sentence. La Formule prétorienne, qui, dans la *condamnation*, tendait à une somme d'argent, était créée en vue des obligations, et non des questions d'état et de domaine quiritaire. Après les décisions du Préteur sur la possession provisoire, après la consignation ou le cautionnement de la somme fixée pour le *Sacramentum*, les parties portaient le débat devant les centumvirs, AD CENTUMVIROS ITUR. Des exceptions pouvaient être présentées dans les actions réelles et les autres causes centumvirales, comme dans les actions personnelles; mais elles étaient opposées au demandeur au moment du litige, et devant les Centumvirs eux-mêmes[10]. Il y avait aussi des questions préjudicielles que l'on pouvait faire décider avant de former toute autre action, *præjudicium postulare*[11]; il y avait même des PRÆJUDICIA que les autres juges devaient d'office laisser à la compétence des Centumvirs, comme les questions d'état, de liberté, et celles relatives à la qualité d'héritier[12].

10 Gaius, IV. § 17 : Si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris, eumque à possidenti petas, opponitur tibi *exceptio* per quam OMNIMODO SUBMOVERIS.

11 Gaius, III. § 123. D. XLII. 5. 35. § 2. Zimmern, §§ 53. 69.

12 Zimmern (§ 69. p. 208. note 8), fait observer que le *præjudicium* proprement dit est distinct de l'action préjudicielle, et il cite des lois du Digeste. ( III. 3. 35. § 2. — XLIV. 7. 37. ) Mais le *præjudicium* sur la qualité d'héritier est un exemple bien plus précis, puisque rien ne peut être fait qui puisse préjuger la qualité d'héritier : QUOD PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT INTER ACTOREM ET EUM QUI VENUMDEDIT. ( *D.*, V. 3. 25. § 17. *De Heredit. petit. Ulp.* )

Et au titre *Familiæ erciscundæ*, Gaius rappelle la même règle : SI IN EA RE DE QUA AGITUR PRÆJUDICIUM HÆREDITATI NON FIAT. ( *D.*, X. 2. 1.)

Le système formulaire se trouvait donc renfermé dans de justes limites. C'était par rapport aux obligations et actions personnelles naissant des contrats et des délits, par rapport à la délivrance des legs, à la réparation des dommages, aux actions réelles prétoriennes et aux actions *in factum;* c'était, en un mot, pour les litiges de la compétence du juge, des arbitres, des récupérateurs, toutes choses qui pouvaient se traduire en une question d'argent comprise dans la condamnation, que les formules étaient d'abord rédigées et données par le Préteur.

Il faut remarquer, toutefois, que le Préteur trouva, par la suite, le moyen de dégager certaines questions de fait ou de droit de la gêne des formules complètes, pour les attribuer séparément à l'appréciation du Judex : ainsi, il inventa des formules préjudicielles qui ne contenaient que l'*intentio*, c'est-à-dire des points de fait ou de droit à décider, sans condamnation : par exemple, la formule préjudicielle par laquelle on demandait quelle était la quotité d'une dot, ou si quelqu'un était l'affranchi de tel patron, et plusieurs autres, dit Gaius[13]. — De même, le Préteur

13 Intentio aliquando sola invenitur, sicut in præjudicialibus formulis : qualis qua quæritur aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliæ complures. (*Gaius*, IV. § 44.)

On peut ne pas être l'affranchi d'un patron, et être l'affranchi d'un autre. L'état lui-même de la personne n'est pas engagé dans la question. — S'il s'agissait d'une question d'*ingénuité* élevée par un affranchi, elle était portée devant les centumvirs, et, plus tard, devant le prince, d'après une constitution de Marc-Aurèle, qui régla le mode de preuve de l'ingénuité. (Capitolin. M. Ant. vita. c. IX.) Qui se ex libertinitate ingenuitati adserant, non ultra quinquennium, quam manumissi fuissent audientur. Qui post quinquennium reperisse instrumenta ingenuitatis suæ adseverant, de ea re ipsos *Principes* adire oportere cognituros. (*D.*, XL. 14. 2. §§ 1. 2. *Saturninus.*)

composa des formules conçues en droit, dans lesquelles l'*intentio* était de droit civil[14] : ainsi, la formule dans laquelle le successeur prétorien agissait comme s'il était héritier et propriétaire *ex jure Quiritium*,[15]; la formule, par laquelle le légataire *per vindicationem* agissait contre l'héritier obligé par l'*adition d'hérédité* comme par un contrat[16]; mais alors il y avait condamnation, et la condamnation portait toujours sur la valeur estimative de la chose[17]. — Le Préteur, au surplus, étendait l'influence des formules à des cas opposés au pur droit civil. Dans les actions de la Loi, on ne pouvait agir pour autrui; une formule, au contraire, fut adaptée à cette possibilité : l'*intentio* était prise des droits supposés du créancier ou du propriétaire, et la condamnation était convertie en faveur du demandeur agissant au nom d'autrui[18].

Ces extensions de la Formule venaient donc s'approprier aux différents aspects des affaires et des instances;

14 Sed eas quidem formulas in quibus de jure quæritur, *in jus* conceptas vocamus..... in quibus juris civilis intentio est. (*Gaius*, IV. § 45.)

15 JUDEX ESTO : SI (actor) SEI HÆRES ESSET, TUM SI IS FUNDUS DE QUO AGITUR EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSET. (*Gaius*, IV. § 34.)

16 Gaius, II. § 194 : Per vindicationem legatum...... legatarius..... vindicare debet, id est *intendere* rem suam ex jure quiritium esse. — Au reste, on peut douter si la revendication du legs *per vindicationem* n'était pas portée primitivement devant les centumvirs, juges de la vendication en général (*Centumviralis hasta*).

17 Gaius, IV. § 48 : Omnium autem formularum ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est..... Judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, *sicut olim fieri solebat*, sed æstimata re pecuniam eum condemnat.

18 Gaius, IV. § 86 : Qui autem alieno nomine agit intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit.

elles donnaient plus de liberté d'action à la Juridiction prétorienne; elles pouvaient même déplacer quelquefois, mais elles n'effaçaient jamais la profonde ligne de démarcation qui existait entre la compétence des centumvirs et celle des autres juges.

Les écrivains qui, dans nos temps modernes, parlent de l'application du jury aux causes civiles, et citent l'exemple des Romains, oublient que les grandes affaires, celles où les questions les plus élevées, les points de droit les plus difficiles se discutent, celles où la séparation du droit et du fait est souvent impossible, n'étaient pas décidées par les Jurés romains, mais par un Tribunal que présidaient des magistrats institués dans ce but [19]; par un tribunal qui jugeait sans formule obligatoire, sans détermination préalable, et qui réformait ou confirmait, en Sections réunies, des décisions portées par une ou deux Sections. L'appel, ou, du moins, un second degré de juridiction inconciliable avec l'institution du jury, se trouvait comme une garantie organisée dans le sein même du tribunal des Centumvirs.

Nous avons reconnu les bases de la procédure formulaire; recherchons quel lien existait entre l'ancien et le nouveau système.

Les actions de la Loi, limitées à une classe d'affaires, par suite des lois Æbutia et Juliæ Judiciariæ, furent remplacées dans les autres causes par une procédure qu'elles portaient en germe; car, dans les deux systèmes, il y

19 Deinde (*post prætorem peregrinum*) cum esset necessarius magistratus qui HASTÆ præessent, Decemviri in litibus judicandis sunt constituti. (*Orig. J., Pomp.*, § 29.)

avait des formules. La différence essentielle, entre les formules accessoires aux actions de la Loi et les formules Prétoriennes, consistait en ce que les parties choisissaient, dans le premier cas, à leurs risques et périls, la formule convenable à un certain genre d'affaires; et que les parties, dans le second cas, recevaient la formule de l'Édit et de la main du Préteur, sans danger de nullité, à moins qu'il n'y eût demande excessive, *plus-petitio*; faute qui venait du demandeur lui-même, et qui viciait l'*intentio* de la formule[20].

Le Système formulaire prenait la procédure au point où la laissait soit l'appel devant le magistrat, *Vocatio in jus*, soit la dénonciation solennelle du jour de la comparution, *Condictio* : sous ce dernier rapport, il n'anéantissait pas l'action de la Loi *per condictionem*, il la conservait transformée en ajournement.

Le *Vadimonium*, qui existait déjà en des cas prévus, put même s'appliquer à la stipulation et promesse de comparaître devant le magistrat; ce qui formait un ajournement sous caution, et ajoutait aux autres moyens de citer en justice[21]. La procédure Formulaire, après la comparution devant le Magistrat, faisait abstraction de

20 Quand la *plus petition* était dans l'*intentio* de la formule où le demandeur exprimait sa prétention, elle viciait la demande; si elle se trouvait seulement dans la *condemnatio* de la formule où le préteur seul intervenait, il n'y avait pas nullité pour le demandeur, et il y avait restitution *in integrum* pour le défendeur. (*Gaius*, IV. §§ 53. 57. 68.)

21 Vadimonium promittere. (*Seneca*, *de Beneficiis*, lib. III.)

*Vadari* erat vadem dare aut stipulari vadimonium et poscere. (*Cic.*, *pro Quintio*. BRISSON., *de Verb. signif.*, v° *Vades*.)

la consignation ou d'autres formalités surannées, et substituait à la FORMULE LÉGITIME, choisie par le demandeur sans la participation du magistrat et nécessaire pour aborder le juge, la FORMULE PRÉTORIENNE, rédigée, publiée et appliquée par le Préteur.

Ce qui avait fait haïr les actions de la Loi, ce n'était pas l'emploi des formes extérieures, plus ou moins solennelles, car les Romains avaient l'esprit formaliste; mais c'était l'excessive subtilité des formules accessoires, le danger du choix en l'absence du magistrat qui donnait le juge, la grave responsabilité d'une erreur même très-légère [22]. — Les formules prétoriennes étaient, de la part des magistrats, des actes de loyale intervention; elles donnaient aux citoyens une grande et nouvelle garantie, en offrant aux parties et aux juges un moyen sûr et facile d'appliquer aux litiges la loi ou l'équité. Le Préteur, intervenant pour la rédaction de la formule, l'appropriant à chaque cause [23], imprimait la sécurité au cœur du citoyen qui ne demandait pas plus qu'il ne lui était dû, et associait l'exercice de la Justice au mouvement de la société romaine, aux besoins nouveaux du commerce et de la civilisation.

22 Sed istæ omnes legis actiones paulatim in odium venerunt; namque *ex nimia subtilitate veterum qui tunc jura condiderunt*, eo res perducta est ut vel qui minimum errasset, litem perderet. (*Gaius*, IV. § 30.)

23 Eodem tempore et magistratus *jura reddebant*, et ut scirent cives de QUAQUE RE quisque dicturus esset seque præmunirent, edicta proponebant. (*De Orig. J.*, § 10.)

### § 3. — PROCÉDURE POSSESSOIRE SOUS LA LOI DES XII TABLES ET LE DROIT PRÉTORIEN.

I. — POSSESSION PROVISIONNELLE (LIS VINDICIARUM). La procédure, pour engager la revendication et obtenir la possession provisoire de l'objet, se liait, sous le droit des XII Tables, au *Sacramentum*, et s'accomplissait par une forme dramatique.

Si la chose était mobile ou animée, elle était originairement apportée ou conduite devant le Magistrat. Le demandeur la réclamant comme sienne, EX JURE QUIRITIUM, la saisissait et élevait sur elle la lance symbolique. — Le défendeur la disait à lui, au même titre, la saisissait et imposait la lance. Si la chose ne pouvait être facilement amenée *in Jus*, comme un troupeau, une colonne, un navire, il suffisait d'un objet, d'un fragment, d'un signe représentatif, devant lequel s'accomplissaient les formalités de la vendication[1].

Si la chose litigieuse était un immeuble ou un droit d'hérédité, représentant l'universalité des biens mobiliers et immobiliers d'un citoyen, un combat simulé s'engageait, dans l'origine, sur le terrain même qui faisait l'objet du litige, ou qui dépendait de l'hérédité : mais les parties devaient comparaître d'abord devant le magistrat. L'une exposait qu'un fonds, qu'une hérédité lui appartenait : « FUNDUS QUI EST IN AGRO QUI SABINUS VOCATUR, » EUM EGO EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO. » — L'autre

1 Gaius, IV. §§ 16. 17. Une brebis, une chèvre, partie du troupeau, suffisait. Etiam PILUS, dit le jurisconsulte; ce qui est un peu dérisoire.

partie contestait et affirmait dans les mêmes termes le droit en sa faveur. Le demandeur alors disait : AU NOM DU MAGISTRAT, je t'APPELLE AU COMBAT SUR LES LIEUX[2]. Le défendeur répondait par une semblable provocation d'en venir aux mains, MANU CONSERTUM VOCO ; et dans les premiers temps, parties, témoins et magistrat se rendaient sur les lieux. On en venait aux mains fictivement; les témoins étaient entendus[3], et la possession *provisoire* était adjugée par le Préteur. — Plus tard, quand les affaires devinrent nombreuses, et que le déplacement du magistrat n'était plus aussi facile, la même provocation se faisait IN JURE : mais au lieu de se rendre sur le terrain, les parties, sur l'ordre du Préteur, en prenaient le chemin, et revenaient subitement à sa voix[4]. Alors le combat simulé avait lieu, les lances étaient croisées devant la motte de terre apportée d'avance du fonds en litige ou de l'un des fonds compris dans l'hérédité réclamée[5]. Le magistrat statuait sur la possession provisoire

2 « Inde ibi ego te, ex Jure, manu consertum voco. » (*Cic.*, *pro Murena*, XII. *De Orat.*, I. 10.) — *Ex Jure,* au nom du magistrat, ou peut-être DU TRIBUNAL, JE T'APPELLE...... Les XII Tables (*Tab.* VI. 5), portaient : SEI QUEI ENDO JURE MANUM CONSERUNT (*Aulu-Gell.*, XX. 10.) — Jus dicitur (aliquando) locus in quo Jus redditur. (*D.* I. 1. 11.)

3 Ils étaient appelés *superstites*, de *super agros stantes.*

4 Inite viam, redite viam. (*Cic.*, *pro Murena*, XII.)

5 Gaius, IX. § 17 : Similiter si de fundo, vel de ædibus, sive de *hæreditate* controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in jus afferebatur; et in eam partem perinde atque in totam rem præsentem FIEBAT VINDICATIO. — Or, Gaius (§ 16) explique comment la *vindicatio* se faisait : le combat simulé se faisait réellement devant la motte ou la tuile représentant la terre ou la maison ; mais les parties ne faisaient pas le combat, une première fois, sur le champ contesté, comme le dit Walter (*Procéd. civile des Romains*, ch. III. p. 26), qui a mis beaucoup de confusion dans le tableau de cette procédure.

ou sur les VINDICIÆ (d'où est venue la dénomination de LIS VINDICIARUM); et il ordonnait que le possesseur serait tenu de fournir caution à son adversaire, tant de la chose que des revenus[6].

Mais lorsqu'il s'agissait d'une cause de liberté, lorsqu'une personne était revendiquée comme *esclave* ou comme *libre*, le plus ancien droit de Rome, confirmé par la Loi des XII Tables, voulait que la possession provisoire fût pour l'état de liberté : SECUNDUM LIBERTATEM VINDICIAS SEMPER DATO. La présomption était en faveur de la liberté : principe généreux qui doit régner dans le droit public et civil de toutes les nations[7].

C'est après cette décision, sur la possession provisoire, qu'afin d'engager le litige au pétitoire, la consignation pour le *sacramentum* était faite au Trésor public, ou que les cautions étaient reçues, à ce sujet, par le Préteur lui-même.

Le combat fictif qui avait lieu pour la possession provisionnelle n'avait rien, au surplus, du Duel judiciaire qu'on a vu naître dans l'Europe du moyen-âge; il n'organisait pas entre individus la force et l'adresse à la place du droit; il représentait seulement la conquête pri-

6 Gaius, IV. § 16 : Prætor secundum alterum eorum *vindicias* dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat prædes adversario dare LITIS et VINDICIARIUM, id est, REI et FRUCTUUM.

7 Pomp. Orig. J., § 24, rappelle à ce sujet le trait de Virginius immolant sa fille : Quum animadverteret Ap. Claudium contra jus quod ipse ex *vetere jure* in XII Tabulas transtuleret, *vindicias* filiæ suæ ab se abduxisse et secundum eum qui in servitutem ab eo suppositus petierat, dixisse.... Tit. Liv. liv. III. 47 : Decrevisse vindicias secundum servitutem.

mitive de la terre romaine, l'origine de la propriété Quiritaire; mais il n'exerçait aucune influence sur le droit même de possession provisoire, puisque le magistrat prononçait d'après la déclaration des témoins.

Un citoyen pouvait ne pas employer la procédure préalable de la vendication pour réclamer la possession d'un fonds de terre, s'il en avait été chassé réellement par violence, ou si un autre s'en était emparé, de fait, sans violence effective. La forme de procéder sur le possessoire était alors différente de celle qui précède; mais le demandeur devait se plaindre, dans ces deux cas, comme s'il avait éprouvé une violence réelle, *si vi dejectus esset* [8].

Au jour convenu entre lui et le possesseur, il se rendait, avec ses témoins ou amis, vers la terre dont il réclamait la possession. Là, il trouvait obstacle de la part du possesseur, qui employait une quasi-violence, c'est-à-dire une violence de forme, une violence convenue (*ex conventu vim fieri oportebat*, dit Cicéron); et par l'effet de cette violence supposée en présence de la chose, le demandeur se disait dépossédé du fonds, *de fundo deducebatur* [9]. Le magistrat entendait les témoins, statuait sur la possession; mais s'il y avait contestation de la part du défendeur au possessoire, il statuait provisoirement, VINDICIAS DICEBAT. — Dans ce cas (comme dans le cas de

8 Sigonius, *de Judiciis*, I. cap. 21 : Altera vis simulata fuit quæ non a lege, sed a moribus emanavit. (P. 423, *édit.* 1576.)

9 Placeat Cæcinæ de amicorum sententia constituere quo die in rem præsentem veniretur, et de fundo Cæcina *moribus* deduceretur. (*Cic.*, *pro Cæcina*, cap. 8.)

la vendication), il ordonnait que la partie, constituée en possession, fournirait caution de la chose et des fruits[10]; et sur le litige ainsi garanti par la SPONSIO, il renvoyait, pour le fond de la question possessoire, devant les Récupérateurs[11].

II. — INTERDITS POSSESSOIRES. — Il y avait nécessité, quand on avait affranchi la procédure ordinaire des solennités pontificales et des liens du patriciat, d'affranchir aussi la procédure possessoire des formes dramatiques, des fictions qui la surchargeaient, et que Cicéron avait signalées comme absolument vides de sagesse, *inanissima prudentiæ*[12]. — Les interdits, UTI POSSIDETIS, vel UTRUBI, prirent la place du combat fictif, pour attribuer à l'une des parties la possession provisoire ou des fonds de terre ou des choses mobilières, pendant le litige sur la question de propriété. Ces interdits furent assimilés à des actions mixtes, en ce que chaque partie à l'égard de la possession était demanderesse; mais bien qu'ils parussent conçus *in rem*, par leur propre force ils étaient personnels[13].

10 Gaius, IV. § 16, pour le cas de vendication; — Cic., Cæcina, VIII, pour la possession provisoire : His rebus ita gestis, Dolabella prætor interdixit, ut est consuetudo, *de vi hominibus armatis*, sine ulla exceptione, tantum ut unde dejicisset restitueret. — Restituisse se dixit (*Ebutius*); SPONSIO facta est....

11 Le plaidoyer *pro Cæcina* est prononcé devant les *récupérateurs* : « Sponsio facta est; hac de possessione vobis judicandum est. »

12 Cic., pro Murena, cap. 12 : Inanissima prudentiæ reperta sunt.

13 Mixtæ sunt actiones in quibus uterque actor est, ut puta finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo, INTERDICTUM UTI POSSIDETIS, UTRUBI. (*D.*, XLIV. 7. 37. *Ulp.*) — Interdicta omnia licet *in rem* videantur concepta, vi tamen ipsa *personalia* sunt. (*D.*, XLIII. 1. 1. § 3. *Ulp.*)

Le Préteur maintenait en possession, UTI POSSIDETIS, celui qui était possesseur de l'immeuble au moment du litige, sans violence, clandestinité, ni précaire[14]; il mettait en possession de la chose mobilière, UTRUBI POSSIDETIS, celui qui, dans l'année, avait possédé le plus long-temps, sans aucun des vices signalés. L'usucapion, à Rome, était d'un an pour les meubles : le bénéfice de la possession mobilière, dans le doute, devait donc appartenir au possesseur qui approchait le plus de la possession annale. — Les interdits uti possidetis et utrubi étaient dans la classe des interdits RETINENDÆ POSSESSIONIS.

Les interdits UNDE VI prirent la place de la procédure de violence réelle, ou de violence *ex conventu*. Celui qui avait été chassé par violence, et qui n'était pas rentré immédiatement en possession par la force, ne pouvait plus, *ex intervallo*, employer la force contre le spoliateur; mais il était rétabli dans sa possession par l'interdit UNDE VI, droit de réintégrande, qui ne supposait point la nécessité d'une longue possession, ou d'une possession annale, antérieure à la violence. C'est la violence même qui était réprimée, *spoliatus ante omnia restituendus*[15]. — Toutefois, si la possession commencée par la violence avait duré un an, l'interdit UNDE VI n'était plus ac-

14 Nec clam, nec vi, nec precario.

15 D., VI. 6 : « En droit romain, il ne pouvait être question de la *possession annale* pour la *réintégrande ;* la controverse élevée à ce sujet dans l'ancien droit français et le droit moderne ne pouvait avoir aucun objet en droit romain, puisque c'était la violence seule qu'on voulait réprimer. Dans notre ancien droit, cette violence était appelée *saisine de happée*. (*Somme rurale de Bouteiller*, tit. 23. p. 131. *édit.* 1621,)

cordé; l'usurpateur qui avait joui durant l'année pouvait lui-même se faire maintenir en possession par la voie ordinaire des Interdits; mais il ne pouvait acquérir par l'usucapion, malgré le bénéfice de sa possession annale.

La RESTITUTION, pour dépossession violente, pouvait être appliquée aux choses mobilières par le même Interdit : restituer, c'était faire le réclamant possesseur et lui rendre les fruits de la chose.

Quelquefois l'EXHIBITION seulement d'une chose ou d'une personne était demandée comme mesure préalable. L'individu qui avait enlevé une chose mobilière, soustrait un esclave, ou tenu cachée une personne libre, était obligé, par l'interdit *ad exhibendum*, de représenter cette chose ou cette personne. Il y avait plus dans la *restitution* que dans l'*exhibition*[16]. — Et de là tout naturellement une distinction d'interdits restitutoires ou exhibitoires, dans la classe générale des Interdits pour le recouvrement de la possession, RECUPERANDÆ POSSESSIONIS.

Le Préteur rendait sa décision entre les deux parties présentes, *interdicebat*[17]. Si le défendeur se soumettait, il n'y avait pas de poursuite ultérieure; mais s'il contestait, la décision du préteur n'était que provisionnelle, et sur la question de possession, il renvoyait devant les Récupérateurs.

Telle est la procédure simple et rapide des INTERDITS POSSESSOIRES; mais bien que tous les interdits fussent relatifs à la possession (ou à la *quasi-possession*, s'il s'a-

16 D., *de Verb. sign.*, l. 22 : Plus est in restitutione quam in exhibitione. Nam *exhibere* est, præsentiam corporis præbere; *restituere* est etiam possessionem facere fructusque reddere. Pleraque præterea restitutionis verbo continentur. (*Gaius*, *ad edic.*)

17 Inter duos dicebat. (*Inst.*, IV. 15. 1.)

gissait d'usufruit et de servitudes réelles), tous n'avaient pas pour objet un litige au possessoire; tous ne répondaient pas à ce que nous appellerions aujourd'hui des actions possessoires. Quelques-uns avaient pour objet l'acquisition même de la possession; ils étaient accordés, notamment, au successeur prétorien, ou à l'héritier qui avait obtenu du Préteur la possession de biens. L'interdit QUORUM BONORUM donnait le droit au successeur et à l'héritier de s'emparer immédiatement des objets de la succession possédés par autrui, sans qu'ils eussent besoin d'agir par la procédure bien plus longue de la pétition d'hérédité, qui se poursuivait devant le tribunal des Centumvirs : c'était une troisième espèce d'interdits, qualifiée ADIPISCENDÆ POSSESSIONIS; une saisine déférée par le magistrat, et qui n'avait rien de commun avec les interdits relatifs à la procédure possessoire.

Niebuhr et Savigny ont assigné aux interdits, *retinendæ et recuperandæ possessionis*, une origine spéciale : ils supposent qu'ils ont été d'abord institués pour donner une garantie aux possesseurs de l'ager publicus qui ne pouvaient pas exercer la vendication, puisqu'ils n'étaient pas propriétaires, et qui avaient besoin cependant d'une garantie juridique. Ce point de vue, que déjà nous avons indiqué, a fourni au savant auteur du Traité de la Possession d'ingénieux rapprochements[18]. G. Hugo ne s'est point rendu à cet aperçu; il dit que les Interdits ne durent pas leur naissance, comme on le croit par erreur, à la possession des terres publiques. — La remarque de Niebuhr et de Savigny n'est pas, cependant, à négliger.

18 Niebuhr (*Hist. rom.*, t. III. p. 201. nº 316.) Savigny (*Traité de la Possession*, sect. IV. §§ 34 et suiv.)

Le besoin social de la protection publique contre la violence et les voies de fait est le véritable principe des interdits; mais les interdits possessoires ont pu se produire d'abord, à l'occasion de l'*ager publicus*, pour en protéger la possession contre les voies de fait des tiers, et contre la résistance des clients ou des colons à l'ordre de déguerpir une possession purement précaire. Les plébéiens, les clients, voulaient se maintenir dans la culture des terres publiques; les patriciens et les chevaliers tendaient à les remplacer par des esclaves attachés à la glèbe. Tib. Gracchus réclamait encore vivement, au VII^e siècle, la culture des terres en faveur du peuple. Dans ce conflit d'intérêts et de prétentions, on comprend, comme nécessaires, l'intervention du préteur et l'application de l'interdit DE PRECARIO contre la résistance extrême de certains colons. Mais par un progrès tout favorable à l'ordre public, qui veut que nul ne se fasse justice à lui-même, les Interdits sont devenus une institution générale et permanente.

En dernier lieu, ils furent établis, dans l'Édit prétorien, sous forme IMPÉRATIVE ou sous forme PROHIBITIVE, comme dispositions du Droit honoraire, obligatoires pour tous; et le Préteur faisait ensuite, dans sa juridiction, l'application particulière des interdits qui ordonnaient ou qui prohibaient : lorsqu'il y avait ordre ou jussion du Préteur, ils prenaient dans la pratique, selon Gaius, le nom propre de DÉCRETS, et conservaient celui d'INTERDITS quand il y avait prohibition [19].

19 Gaius, IV. §§ 160 et suiv. La première division mentionnée par Gaius et par Justinien (IV. 15), est en interdits *prohibitoires*, *restitutoires*, *exhibitoires*, que nous avons rappelée ci-dessus.

En résumant ces matières possessoires, et en les rapportant à la classification principale des INTERDITS qui tendent à retenir, à recouvrer et à acquérir la possession, on recueille les résultats suivants :

1° A l'interdit RETINENDÆ POSSESSIONIS (avant l'engagement du litige au pétitoire), se rattachaient l'interdit *uti possidetis* pour les immeubles ; — l'interdit *utrubi* pour les meubles ; — et même l'interdit *de precario.*

2° A l'interdit RECUPERANDÆ POSSESSIONIS se rattachaient les interdits *unde vi* (si la possession avait duré moins d'une année), et l'interdit *ad exhibendum* (qui s'appliquait aux choses et aux personnes) ;

3° A l'interdit ADIPISCENDÆ POSSESSIONIS se rattachait l'interdit *quorum bonorum*, accordé soit au successeur prétorien, pour qu'il pût s'emparer des objets de la succession, soit à l'héritier testamentaire ou légitime, pour qu'il pût prendre possession des objets, sans avoir besoin de procéder par le *sacramentum* et le jugement centumviral. Dans l'un et l'autre cas, l'interdit *quorum bonorum* était une SAISINE DE DROIT accordée par le Préteur en matière de succession.

### § 4. — DISTINCTION DES JUGEMENTS ORDINAIRES ET EXTRAORDINAIRES.

Les quatre branches qui composaient l'organisation judiciaire placée sous la direction de la Préture, les Centumvirs, le Juge, les Arbitres, les Récupérateurs, et l'ensemble des PÉTITIONS ou des ACTIONS qui se distribuaient entre ces branches diverses selon leur compétence, formaient à Rome les Jugements ordinaires, ou l'ORDO JUDICIARIUS.

Il y avait aussi des Jugements extraordinaires, COGNITIONES EXTRAORDINARIÆ, qui étaient nominativement attribués au Préteur ou à certains magistrats pour des cas prévus par une Loi ou par l'Edit[1]. Les demandes réelles ou personnelles, qui tendaient à ces procédures extraordinaires, étaient comprises sous la dénomination générale de PERSECUTIONES IN REM VEL IN PERSONAM[2]. Nous ferons remarquer ici que ces trois qualifications des actions, en droit romain, PETITIO, ACTIO, PERSECUTIO, se trouvent textuellement, non seulement dans Ulpien, mais dans le texte de la stipulation Aquilienne, qui re-

1 Extraordinariæ cognitiones omnes quæ nominatim certis magistratibus injunguntur. (CUJAS, *D. in tit.*, *de jurisd.*, L. I. 2. 3. *Comment.*)

2 Actionis verbum et speciale, et generale; nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio; sed PLERUMQUE ACTIONES PERSONALES solemus dicere : PETITIONIS autem verbo IN REM ACTIONES significari videntur. PERSECUTIONIS verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum, et si quæ aliæ sunt quæ non habent juris ordinarii executionem. (*D.*, *de Verb. sig.*, L. 178. § 2. *Ulp.*)

monte au siècle de Cicéron[3], et qu'elles se rapportent parfaitement à l'ordre des compétences que nous avons établi : la première, *petitio*, à la compétence des centumvirs; la deuxième, *actio*, à la compétence du juge, de l'arbitre, des récupérateurs; la troisième, *persecutio*, à la compétence du préteur ou du magistrat jugeant directement et par lui-même; ce qui confirme de plus en plus l'harmonie introduite dans toutes les parties du système judiciaire des Romains.

Les plus importantes des causes qui formaient les jugements extraordinaires étaient :

1° Celles dérivant de la Loi des XII Tables contre les tuteurs suspects, qui étaient déférées dans Rome au préteur, dans les provinces au proconsul ou président;

2° Celles relatives aux fidéicommis, dont la connaissance fut confiée, par Auguste, à des préteurs spéciaux[4];

3° Celles relatives au juge qui ayant péché par dol ou par impéritie, dans sa sentence, était responsable du dommage, *si judex litem suam fecerit*;

4° Celles relatives aux parties qui avaient fait défaut devant le juge, lorsque la demande contre le contumace offrait peu de difficultés[5].

Dans les trois premiers cas, la sentence du Préteur

3 « Quarumcumque rerum mihi tecum ACTIO est, quæque adversus te PETITIO, vel adversus te PERSECUTIO est, eritve.... (*Inst.*, III. 30.)

4 La persecutio était *in personam* pour la cognitio suspecti tutoris, et *in rem* pour les fidéicommis.

5 D., V. 1. 75. (*Julian.*) : Si prætor jusserit *eum a quo debitum petebatur, adesse*, et, ordine edictorum peracto, pronunciaverit *absentem debere* : non utique judex, qui de judicato cognoscit, debet de prætoris sententia cognoscere. — Pour le troisième cas, le juge *qui litem suam fecit*, il faut voir *D.* L. 13. 6. (*Gaius.*)

était un décret contenant une condamnation pécuniaire; et il y avait exécution par la prise de gage; dans le quatrième cas, la décision était comme émanée du juge et produisait l'action *judicati*.

A l'égard des Interdits, s'il n'y avait pas contestation de la part du défendeur, ils formaient aussi une sorte de *cognitio extraordinaria*; mais, s'il y avait contestation, le litige rentrait dans l'ordre des jugements ordinaires. Gaius nous apprend qu'alors le Préteur renvoyait les parties devant les récupérateurs ou le juge chargés d'appliquer la formule, et de rechercher si quelque chose avait été fait contre l'édit, ou si quelque chose n'avait pas été fait conformément à ce qu'il avait ordonné[6].

Quant aux restitutions en entier, elles ne doivent pas être classées dans les jugements extraordinaires. Il est vrai que le préteur accordait, en connaissance de cause, le droit de se faire restituer *in integrum*, contre une obligation; mais il ouvrait seulement une voie de procéder, et il renvoyait devant le juge l'appréciation du dol, de la violence, de l'erreur, de la lésion, de la minorité ou des autres moyens de rescision. En deux mots, il donnait le pouvoir de restituer, mais il ne restituait pas.

Les jugements extraordinaires, d'abord assez rares, se multiplièrent avec les lois nouvelles. Le préfet de la Ville, en prenant, sous Auguste, la part importante des fonctions du Préteur qui concernaient l'ordre criminel, reçut ou s'attribua aussi la connaissance directe de certaines affai-

6 Ibi editis formulis quæritur, an aliquid adversus prætoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit. (*Gaius*, IV. § 141.)

res civiles. C'est lui qui jugeait les plaintes des esclaves réfugiés près de la statue des empereurs, ou des esclaves acquis de leurs propres deniers, sous la condition d'être affranchis par l'acquéreur; c'est lui qui jugeait les réclamations des patrons nécessiteux ou valétudinaires contre leurs affranchis, et les causes des tuteurs ou curateurs qui, dans leur gestion, avaient mérité plus que la note d'infamie attachée aux tuteurs suspects [7]. Il fut également chargé de prononcer contre les personnes associées à une corporation illicite, et d'appliquer l'ancien principe de la Loi des XII Tables, qui défendait aux membres des corporations de faire entre eux des conventions ou des statuts contraires à la Loi publique [8]. — L'Empereur aussi s'éleva progressivement à la qualité de Juge suprême; Suétone cite des jugements de Claude, de Néron, de Domitien! Ils décidaient directement, ou par voie d'appel, sur les causes portées à leur Tribunal [9]. Ils réunissaient, sous leur titre impérial, toutes les magistratures, même celle de Tribun du peuple; et le droit d'intercession des Tribuns s'était transformé dans leur personne en suprême Juridiction. Des successeurs, plus

7 D., I. 12. 1. §§ 1. 2. 7. Le préfet de la Ville put connaître des affaires des banquiers et des causes pécuniaires; mais alors il ne jugeait pas, il donnait le juge : *adiri ab argentariis* (*L.* 2.)

8 Gaius, ad Leg. XII Tab. : Sodales sunt qui ejusdem Collegii sunt...... His autem potestatem facit Lex, pactionem quam velint, sibi ferre : dum ne quid ex publica Lege corrumpant. — Hæc lex videtur ex Lege Solonis translata esse. (*D.*, XLVII. 22. 4.)

Divus Severus rescripsit eos etiam qui illicitum Collegium coïsse dicuntur apud Prefectum Urbis accusandos. (*D.*, I. 12. 1. § 14.)

9 Sueton. — Claud., XIV. XV. — Ner., XV. — Domit., VIII. — D., XLIX, *de Appellationibus;* les XIII premiers titres.

dignes de l'empire, les Antonins, sans répudier la qualité de Juge, renvoyaient souvent au sénat la connaissance des causes portées devant eux, et permettaient l'appel de leurs propres décisions[10].

Les jugements extraordinaires prirent une extension continuelle, surtout dans les provinces. Dès le second siècle de l'Empire, le jurisconsulte Julien, le collecteur de l'Édit perpétuel, déclarait que le Président de la province devait être libre de renvoyer le litige au juge ou d'en connaître lui-même[11]. C'est au Président de la province qu'Ulpien attribue la connaissance des réclamations d'honoraires faites par les précepteurs enseignant les arts libéraux, par les médecins, par les avocats, les mathématiciens, les libraires ou copistes; c'est au Président qu'il attribue le droit de statuer sur l'usage des eaux, sur les ruisseaux nouvellement établis; et Callistrate déclare que les *connaissances extraordinaires* viennent de causes nombreuses, variées, difficiles à classer[12]. — Et ainsi la révolution qui s'accomplira un jour dans l'ordre de la Justice romaine, et qui fera du Jugement extraordinaire l'ordre commun des jugements, se préparait d'avance dans les faits et la pratique de la société.

10. Capitolin. M. Anton., cap. x : Senatum multis cognitionibus, et maxime ad se pertinentibus judicem dedit....... in senatus autem honorificentiam multis et prætoriis et consularibus privatis *decidenda negotia delegavit*, quo magis eorum cum exercitio juris auctoritas cresceret. (Script. hist. Aug.) — *D.*, xlix. 1. 1. §§ 1. 2. Post rescriptum provocare.

11 D., i. 18. 8 : Eum æstimare debere ipse cognoscere an judicem dare debeat. (*Julian.*)

12 D. l. 1. 2. 5. *De extraordinariis cognitionibus.*

## § 5. — CHOSE JUGÉE. — SON AUTORITÉ. — LITIS-CONTESTATIO. — ACTION JUDICATI. — EXCEPTION REI JUDICATÆ. — MOYENS D'EXÉCUTION.

Les principes sur la chose jugée n'auront point à subir l'effet des révolutions judiciaires, comme les formes de procéder, comme les droits de juridiction; et l'autorité de la chose jugée, fondée sur l'intérêt public, restera l'une des bases essentielles de l'ordre social.

La sentence du juge ou le décret du magistrat, dans l'esprit des institutions romaines, diffère de la chose jugée comme la cause diffère de l'effet. La sentence est la décision qui met fin au litige; la chose jugée est l'effet de la sentence devenue irrévocable et exécutoire.

Dans les Jugements ordinaires, la distinction entre la procédure IN JURE et la procédure IN JUDICIO produisait deux résultats qui se liaient l'un à l'autre, savoir : la fin de l'instance devant le magistrat, qualifiée de contestation en cause, *litis-contestatio*; la fin de l'instance devant le juge, qualifiée sentence, prononciation du juge, *litis decisio*[1]. — La Litis-contestation est un préliminaire indispensable à l'examen de la Chose jugée.

I. — Sous la Procédure primitive de la Loi des XII Tables, le magistrat qui exerçait la juridiction, en fixant

1 Res judicata dicitur quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. (*D.*, XLII. 1. 1, *de re judicata et effectu sententiarum. Modest.*)

l'état du litige pour lequel les parties demandaient le juge, ne constatait point par écrit ce qui s'était passé IN JURE, devant son tribunal, et les parties prenaient à témoins des citoyens présents qui devaient attester le litige, *contestari litem*. « Le jugement étant ordonné, dit »Festus, chaque partie avait coutume de dire à des »assistants : Soyez témoins. » C'était ce qu'on appelait l'attestation du litige ou la LITIS-CONTESTATIO[2]. Le procès était engagé définitivement, et une conséquence très-grave était attachée à cette fin de l'instance *in jure;* c'était la novation de l'obligation primitive. « Avant le »litige, disaient les anciens Prudents, il faut que le dé»biteur donne; après la contestation en cause, il faut »qu'il soit condamné; après la condamnation, il faut »qu'il exécute le jugé[3]. » Mais dans les actions en revendication des choses immobilières ou mobilières, la litiscontestatio n'interrompait point l'usucapion, parce que le titre et la possession, qui la fondaient, restaient ce qu'ils étaient auparavant, et qu'un moyen d'acquérir ne pouvait être remplacé par une obligation, à moins que la cause même de la possession n'eût été changée par

2 *Contestari litem* dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet : TESTES ESTOTE. (*Festus. Muller*, p. 57.)

3 Gaius III. § 180 : Tollitur obligatio, litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur; incipit autem teneri reus litis contestatione..... Sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri; et hoc est quod apud veteres scriptum est : « Ante litem con» testatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condem» nari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere. »

le consentement des parties, comme si elles avaient converti le litige en estimation du dommage[4].

Sous la procédure formulaire du Droit prétorien, l'état du litige n'avait plus besoin d'être constaté par les témoins; les points du débat étaient fixés par écrit; le magistrat rédigeait la formule, et chaque partie en recevait une copie authentique; mais si le mode de preuve avait changé, et si les incertitudes attachées à la preuve testimoniale avaient disparu devant la rédaction des formules prétoriennes, la LITIS-CONTESTATIO, comme terme de l'instance *in jure*, subsistait toujours. Elle n'était plus le litige attesté par les assistants; elle était le litige déterminé par la formule. Des effets importants s'y rattachaient; trois d'entre eux, notamment, méritent d'être signalés.

1° Le premier effet était celui déjà reconnu sous la procédure des actions de la Loi, la novation. L'obligation primitive était remplacée par l'obligation qui naissait comme d'un contrat. On contracte en justice comme devant les citoyens[5]; et par l'engagement qui naissait de la Litis-contestation, les deux parties étaient censées

4 Si rem alienam emero, et cum usucaperem eamdem rem, dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. — Sed si litis æstimationem sufferre maluerim, ait Julianus, causam possessionis mutari ei qui litis æstimationem sustulerit. (*D.*, XLI. 4. 2. § 21. *Paul.*)

5 D., XV. 1. 3. § 11 : Nam sicut in stipulatione contrahitur..... ita judicio contrahi; proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem. (*Paul.*)

s'obliger devant le magistrat à suivre le jugement et à exécuter la future sentence.

Dans les jugements qualifiés LÉGITIMES, et par rapport aux obligations du droit civil, il y avait, de plein droit, novation *ex causa obligationis*; un rapport nouveau entre les parties était substitué à l'ancien; le demandeur ne pouvait plus se fonder sur l'obligation primitive, pour agir utilement une seconde fois contre son débiteur; l'action lui était enlevée *ipso jure*, par l'extinction de sa créance.

Dans les jugements non légitimes, et soutenus seulement par le pouvoir du magistrat, il n'y avait pas extinction du droit d'agir; mais le demandeur, qui agissait une seconde fois, était repoussé par l'exception de la chose déduite en jugement. La raison en est que le pouvoir seul du magistrat, qui détermine le litige et donne le juge, ne peut détruire directement le lien d'une obligation civile. — De même, dans les actions *in rem et in factum*, la litis-contestation ne pouvait produire que l'exception mentionnée, parce que le droit réel et le fait, qui servaient de fondement à l'action, restaient nécéssairement ce qu'ils étaient avant la litis-contestation. Ils n'avaient pas pu être transformés par l'obligation *quasi ex contractu* : un droit est ou il n'est pas; un fait est ou il n'est pas; il n'y a pas là matière à novation. La litis-contestation, qui n'interrompait pas l'usucapion, interrompait cependant la prescription de dix et vingt ans. C'est parce que celle-ci n'était pas considérée comme un moyen d'acquérir, mais seulement comme un moyen de repousser l'action réelle du propriétaire : tant qu'elle n'était pas accomplie, il n'y avait pas exception acquise; et la litis-contestation ne laissait au possesseur de bonne foi que le

bénéfice du temps écoulé[6]. — Dans ces divers cas, l'exception *rei in judicium deductæ* assurait l'effet de la litis-contestation; elle repoussait le demandeur qui aurait voulu recommencer la procédure devant le magistrat, et obtenir soit d'autres positions de droit ou de fait, soit la nomination de nouveaux juges[7].

La Litis-contestatio produisait une autre novation bien importante, que l'on peut appeler une novation judiciaire, qui rendait *perpétuelles* les actions purement annales. Cette perpétuation d'actions était le moyen de donner aux obligations prétoriennes une durée efficace, et de les assimiler, sous ce rapport, aux obligations civiles. Si les Tribuns n'usaient pas, devant le magistrat, de leur droit d'intercession, s'ils n'arrêtaient pas le débat avant la Litis-contestation qui terminait l'instance *in jure*, l'ac-

6 Moræ litis causam possessoris non instruunt ad inducendam longæ possessionis præscriptionem, quæ post LITEM CONTESTATAM IN PRÆTERITUM ÆSTIMATUR. (*Cod. J.*, III. 32. 26. *Dioclét.*, an 294). — Justinien établit que la prescription de trente ans serait interrompue par la simple citation en justice, parce que cette prescription, qui ne suppose pas la bonne foi du possesseur, est odieuse, comme l'a remarqué Barthole (*in L.* II, *pro Empto.*)

7 Gaius, III. § 180. IV. § 107 : Ut vero si legitimo judicio in personam factum sit, ea formula quæ juris civilis habet intentionem postea *ipso jure de eadem re agi non potest*, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem, vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatæ, VEL IN JUDICIUM DEDUCTÆ. (*Supra*, p. 169.)

M. Bonjean, t. I. p. 477, dit que le défendeur arrivera indirectement, par l'exception *rei in judicium deductæ*, à éviter la *condamnation*. — Cela ne nous paraît pas admissible. Le défendeur, par l'exception, conservera l'état de la première *litis contestatio*, avec le juge déjà nommé; mais la condamnation pourra venir ensuite : *Post litem contestatam condemnari oportere.* (*Gaius*, III. § 180.)

tion devenait perpétuelle, d'annuelle qu'elle était, et l'instance ne subissait que les déchéances ou péremptions ordinaires. — Même les actions spécialement attachées à la personne, comme les actions d'injures et les actions pénales, devenaient, par cette novation judiciaire, perpétuelles et transmissibles aux héritiers. Le Préteur trouvait ainsi, dans l'acte qui terminait l'instance devant lui, une garantie nouvelle pour l'exécution des obligations nées de son pouvoir; et les citoyens, en exerçant devant le magistrat l'action provenant de l'édit ou même de la loi, faisaient leur cause meilleure [8]. De là est venue cette règle juridique, que « toutes les actions qui périssent par la » mort de l'ayant-droit ou par le temps, demeurent sta« bles, quand elles sont portées en jugement : OMNES » ACTIONES QUÆ MORTE AUT TEMPORE PEREUNT, SEMEL » INCLUSÆ JUDICIO SALVÆ PERMANENT [9]. »

2° La Litis-contestatio, par la détermination du litige, était un commencement de Chose jugée; elle marquait la limite dans laquelle le juge serait obligé de porter sa sentence [10]; et en même temps elle restreignait le droit

8 D., XLVI. 2. 29 : Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelæ, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelæ actio novetur, si id specialiter actum est, *quod nemo dixit lite contestata* : neque enim *deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem;* ut solet dici IN HIS ACTIONIBUS QUÆ TEMPORE VEL MORTE FINIRI POSSUNT. (*Paul.*)

9 D., *de Reg. Jur.*, l. CXXXIX. GAIUS, *ad edictum prætoris.* (*Voir M. Bonjean*, t. 1. § 208.)

10 Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id quod in judicium deductum est excedere potestas judicis non potest. (*D.*, X. 3. 18. *Javolenus.*)

du demandeur, qui, pour la même cause, aurait pu avoir plusieurs actions : son choix était fait entre les voies à suivre, et il ne pouvait revenir à une autre voie. — La règle, qui a soulevé tant de discussions entre les jurisconsultes modernes, *electa una via, non datur recursus ad alteram,* tient à cette origine. Mais Ulpien l'a renfermée dans son véritable objet, en parlant du choix qui serait fait entre les actions diverses *pour une même cause*; car si l'on agit pour une cause nouvelle, on ne peut craindre l'exception de la Litis-contestation, qui a fixé les bases d'une première instance[11]. C'est avec un sentiment bien sûr d'une vérité non encore manifestée par l'étude de Gaius, qu'un auteur contemporain a dit que la règle sur l'option, entre différentes voies d'agir, ne pouvait être séparée des principes de la chose jugée. La Litis-contestatio était, en effet, la chose jugée quant à la position des questions. Le demandeur ayant fixé sa prétention par la formule, avait renoncé aux autres voies qui pouvaient concourir en faveur de la même cause. C'est le sens désormais bien clair de cette maxime des jurisconsultes romains : « Dans le concours de plusieurs actions pour la même » chose, il faut en choisir une; *quoties concurrunt plures » actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet*[12]. »

11 D., XIV. 4. 9. § 1. Ulp. : Eligere quis debet qua actione experiatur utrum de peculio, an tributoria : cum scit sibi regressum ad aliam non futurum. Plane, si quis velit ex *alia causa* tributoria agere, ex *alia causa* de peculio agere, audiendus erit. — Avec une parfaite intelligence de ce texte M. Toullier a prouvé (x. 174) que, pour rendre la règle des interprètes vraiment exacte, il fallait dire : Electa una via, non datur recursus ad alteram, *nisi ex alia causa.*

12 D., *de Reg. Jur.*, l. XLIII. § 1. — Merlin, *Questions de droit*, vo *option*. — Toullier, t. x. nos 171. 172.

3° Un troisième effet de la Litis-contestatio était de lier définitivement la cause entre les parties, et de rendre possible la sentence définitive, malgré l'absence ou le *défaut* de l'une des parties. Si, au jour marqué, ordinairement le troisième (*dies comperendinus*), les parties ne comparaissaient pas devant le juge nommé par la formule, il y avait défaut, il pouvait y avoir contumace; mais le litige était engagé, par la Litis-contestatio, avec des conséquences irrévocables.

Le défaut venait-il du demandeur? L'adversaire devait obtenir son absolution immédiate. — Au tribunal des Centumvirs, où l'on procédait sans formule, il pouvait y avoir décision favorable au demandeur absent, mais dans les questions de liberté et en faveur de la liberté même : « Il peut arriver, dit Ulpien, que l'absent »l'emporte, UT ABSENS VINCAT; car une sentence alors »peut être portée en faveur de la liberté. » C'était une décision conforme au Droit public, qui avait fait établir, même sous la Loi des XII Tables, le principe généreux, LA PRÉSOMPTION EST DUE A LA LIBERTÉ : mais on ne peut rien conclure de cette exception, en faveur du demandeur, qui, dans les cas ordinaires et dans la procédure par formules, ne venait pas justifier sa demande au jour marqué pour la comparution [13].

13 Selon MM. Zimmern (§ 136) et Bonjean (§ 223), les textes offriraient quelque doute sur la nécessité de l'absolution; mais le texte d'Ulpien serait seul un puissant argument, et il n'est pas applicable. Voici les textés indiqués :

Confessus pro judicato erit.... Si quis absente adversario confessus sit, videndum numquid non debeat pro *judicato* haberi, quia..... *nec*

Le défaut venait-il du défendeur ? — Une procédure particulière s'engageait devant le magistrat pour constater la contumace. Le Préteur, par trois *edicta* ou avertissements successifs de dix jours en dix jours, et quelquefois par un seul, qualifié d'édit péremptoire, enjoignait au défendeur de comparaître devant le juge, et menaçait, par le dernier avertissement, de connaître et de prononcer extraordinairement (*cogniturum se et pronunciaturum*). Après l'édit péremptoire, l'absent était cité de nouveau ; s'il ne comparaissait pas, il était réputé en état de contumace, et la cause pouvait être jugée, soit par le préteur lui-même, dans l'état où l'avait laissée la litiscontestation, soit par le juge désigné, si la cause offrait des difficultés de preuves et d'examen. Mais la contumace n'appelait pas une condamnation : « la cause sera vérifiée, dit Ulpien, et il sera prononcé, non toujours selon les prétentions du demandeur présent, mais aussi en faveur

*soleat quis absenti condemnari ?* — Certe procuratorem, tutorem, curatoremve, præsentem esse sufficit. (*D.*, XLII. 2. 6. § 3. *Ulp.*)

Creditor cum fidejussoribus egerat, sed *post judicium acceptum* ad agendam causam ipse non adfuit : et cum *absoluti essent fidejussores....* (*D.*, XLIX. 1. 28. *Scæv.*) — Ces deux passages supposent la pratique ordinaire de l'absolution du défendeur, en l'absence du demandeur, ou ce que nous appelons le *défaut-congé*.

Tout le fragment d'Ulpien où se trouve le passage *evenire potest, ut etiam absens vincat* ; *nam potest sententia etiam secundum libertatem ferri* (*D.*, XL. 12. 27. § 2.) — Tout ce fragment est relatif à des causes de liberté et d'ingénuité. Ulpien parle des *juges* au pluriel : Recte atque ordine JUDICES puto FACTUROS. (§ 1 ) — Ces juges, en nombre collectif, ne peuvent être que les centumvirs à Rome, ou les récupérateurs dans les provinces, ou le Sénat par délégation du prince.

Pour le *dies comperendinus* ou la *comperendinatio*, Gaius, IV. § 15.

de l'absent, qui vaincra, s'il avait une bonne cause[14]. » La sentence, favorable ou contraire, sera définitive; le défendeur condamné ne pourra revenir que par la restitution *in integrum*, en justifiant d'une cause légitime d'absence, ou par l'annulation de la procédure de contumace présentée comme irrégulière. — Ainsi, après la litis-contestation, l'intérêt des deux parties était de ne pas faillir à la comparution devant le juge. Le demandeur avait devant lui, comme résultat de son absence, le rejet de sa demande; et le défendeur, l'état de contumace suivi d'une sentence portant un caractère définitif.

II. — La Sentence produit une seconde novation : le débiteur n'est plus tenu, ni en vertu de l'obligation première, ni en vertu de l'obligation nouvelle née de la litis-contestation; il est obligé par la condamnation, *ex causa judicati* : il faut qu'il exécute le jugé. Mais cette novation complète n'a lieu qu'en matière de jugement légitime rendu par le juge ou l'arbitre. S'il s'agit d'un jugement dépendant de l'empire du magistrat, il n'y a pas novation. Le demandeur pourrait encore agir de plein droit, sauf à être repoussé par l'exception de la chose jugée[15].

14 D., v. l. 73. *De Judiciis.* (*Ulp.*) : Et post edictum peremptorium impetratum cum dies ejus supervenerit, tunc absens CITARI debet; et sive responderit, sive non responderit, agitur causa et pronunciabitur : non utique secundum præsentem, SED INTERDUM VEL ABSENS, SI BONAM CAUSAM HABUIT, VINCET.

15 Gaius, III. § 181 : Unde fit ut si legitimo judicio debitum petiero, postea de eo, ipso jure, agere non possim, quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE; quia litis contestatione dari oportere desiit. Aliter atque si imperio continenti judicio egerim, tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum; sed debeo per exceptionem rei judicatæ vel in judicium deductæ summoveri.

Dans le système formulaire, la sentence, qui condamne, consiste toujours dans la condamnation au paiement d'une somme déterminée. Lorsque le litige porté devant le juge, l'arbitre ou les récupérateurs, repose sur une action réelle, comme en certaines actions prétoriennes, la sentence substitue à l'objet primitif une créance purement pécuniaire, et le demandeur qui a gagné son procès a l'action de la chose jugée, ACTIO JUDICATI. Les rapports antérieurs sont éteints et remplacés par cette action, qui naît du jugement et qui conduit à l'exécution de la sentence, ou à une condamnation au double.

La sentence, qui absout le défendeur de l'action intentée, exerce le même effet sur les rapports préexistants entre les parties : tous ces rapports juridiques sont anéantis par la sentence d'absolution; et pour repousser la prétention que le demandeur voudrait faire valoir de nouveau, relativement à l'objet du litige, le défendeur a l'exception de la chose jugée, EXCEPTIO REI JUDICATÆ.

La sentence, une fois rendue, n'appartient plus au juge; elle est irrévocable; elle appartient aux parties intéressées : c'est un principe fondamental[16]. Mais, malgré son caractère définitif, la sentence peut trouver des obstacles opposés à son autorité, soit de la part du défendeur condamné, soit de la part du demandeur vaincu.— L'action JUDICATI et l'exception REI JUDICATÆ ont pour principal objet de détruire les obstacles élevés contre l'autorité de la sentence qui condamne ou qui absout.

Nous allons considérer ces positions alternatives des parties :

16 Judex, posteaquam semel sententiam dixit, judex esse desinit.... Semel enim, male seu bene, officio functus est. (*D*. XLII. 1. 55. *Ulp*.)

1° Et d'abord, le demandeur, qui a gagné le procès et qui veut exécuter la sentence, doit réclamer du magistrat l'intervention nécessaire pour l'exécution. A celui qui donne le juge appartient le pouvoir de faire exécuter le jugement; mais la partie condamnée peut alors opposer la nullité de la sentence, ou soutenir qu'il n'y a pas de sentence, *non esse judicatum* : c'est ce qu'on appelle proposer des VOIES DE NULLITÉ.

« Nous devons regarder comme condamné, dit Ulpien, » celui qui a été condamné régulièrement, afin que la » sentence vaille. Mais si la sentence, par quelque raison » que ce soit, n'a pas de véritable existence, *si nullius* » *momenti sit*, la parole de condamnation ne peut pas » tenir [17]. »

Les voies de nullité contre la sentence pouvaient venir de plusieurs sources [18] :

Causes de nullité relatives à l'état de l'une des parties incapable ou absente pour motif légitime;

Causes relatives à l'incompétence du magistrat qui avait donné le juge, et à l'incapacité du juge (sauf l'erreur commune faisant droit);

Causes relatives à l'inobservation de la formule, à l'irrégularité des formes substantielles de la sentence;

17 D., XLII. 1. 4. § 6. *de Re judicata* : Condemnatum accipere debemus eum qui rite condemnatus est, ut sententia valeat. Cæterum, si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est condemnationis verbum non tenere. (*Ulp.*)

18 Ces causes sont dites, par les interprètes du droit, venir : 1° Ex persona *litigantium*, *magistratus*, *judicis*; 2° ex defectu processus, *si vel forma*, *vel substantialia deficiant*. (*Corvinus*, *Inst.* IV. *tit.* 16.)

Causes relatives à l'infraction de la Loi ou à la violation du Droit constitué, *cum contra constitutiones judicatur, aut de jure constituto pronunciatur*[19].

Saisi de cette opposition par voie de nullité fondée sur un moyen de droit, le Préteur, juge de la nullité, accordait ou refusait l'exécution du jugement. — Mais si la sentence en elle-même, son existence de fait, était révoquée en doute; le magistrat renvoyait devant le juge avec la formule de l'action du Jugé, SI PARET JUDICATUM ESSE. Toutefois, la sentence apparente ou alléguée avait une force provisionnelle, en ce sens que le défendeur opposant devait fournir la caution *judicatum solvi;* et s'il perdait son nouveau procès, il subissait la condamnation au double; car on avait agi contre une personne qui avait nié sciemment une chose certaine, *adversus inficiantem.* — L'action Judicati venait de la Loi des XII Tables; elle était civile et pénale; elle était perpétuelle, avec droit de poursuite sur la chose et contre l'héritier[20].

2° Dans le second cas, lorsque le défendeur originaire

19 D., XLIX. 1. 19. (*Macer.*)

M. Bonjean a parfaitement expliqué ces quatre causes de nullité, t. II. § 387. Cependant il ajoute, p. 535, que la voie de nullité pouvait être fondée sur la violation de l'autorité de la chose jugée; ce qui ne peut être admis sans distinction, mais pour les cas seulement où cette autorité prouve à l'égard de tous, selon la distinction que nous présenterons bientôt, relativement à l'autorité de la chose jugée.

20 CUJAS, Observ., XXX. lib. 2.

Doneau, de *Jur. civ.*, XXVII. ch. 3. — D., XLII. 1. 6. § 3 : Rei persecutoria; in heredem, pro parte virili.

Gaius, IV. § 9 : Rem vero et pœnam persequimur, velut ex his causis ex quibus adversus inficiantem in duplum agimus : quod accidit per actionem judicati, depensi, damni, injuriæ, *pecuniarum?* legatarum nomine, quæ per damnationem certæ relictæ sunt.

avait obtenu la sentence d'absolution, le demandeur, qui voulait se prévaloir de la nullité du jugement, formait de nouveau son action devant le Préteur, comme s'il n'y avait eu ni sentence, ni même litis-contestation. — Alors le défendeur opposait l'exception *de la chose jugée*. Le magistrat statuait, s'il y avait question de droit élevée contre la validité de la décision du juge; il renvoyait devant le juge, dans le cas où l'existence même de la sentence était mise en question ; et le demandeur téméraire, qui avait nié la sentence d'absolution, subissait la condamnation au double de la valeur du litige.

Ainsi, les VOIES DE NULLITÉ étaient librement ouvertes contre les sentences des juges donnés par le Préteur, et elles constituaient un puissant moyen de faire respecter les règles du droit, la compétence des magistrats et des juges, l'inviolabilité des formules prétoriennes ; mais si le citoyen voulait aller au-delà de ces attaques par les moyens de droit, et user de sa faculté de nier l'existence même de la décision du juge, il était averti ou retenu par de sages précautions ; il était libre, mais il encourait la responsabilité de ses actes. L'action ou l'exception JUDICATI et la caution JUDICATUM SOLVI se combinaient avec la condamnation IN DUPLUM, pour prévenir ou réprimer, par une grave sanction, l'usage téméraire d'une faculté précieuse à la sécurité du citoyen. Lorsque le citoyen abusait de sa liberté d'attaquer les actes de la Justice, il encourait une peine méritée. « Dans un État, dit Montesquieu, c'est-
» à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne
» peut consister qu'à POUVOIR FAIRE ce que l'on DOIT VOU-

» LOIR »[21]. La constitution judiciaire des Romains réalisait admirablement ce principe de liberté politique et civile.

III. — La sentence passée en force de chose jugée est exécutoire sous l'autorité du Magistrat qui donne, en vertu des Lois ou de l'Edit, les moyens d'exécution. Les deux voies d'exécution les plus anciennes, la MANUS INJECTIO et la MISSIO IN POSSESSIONEM, l'une venant des XII Tables, l'autre de l'Édit prétorien, s'adressaient à la personne et aux biens.

La première était l'action qui tendait à l'exécution générale des jugements. C'était une contrainte par corps; et le débiteur condamné ne pouvait repousser la main du créancier agissant par lui-même PRO JUDICATO, sans être rebelle et livré au pouvoir du magistrat, qui ordonnait de le conduire dans la prison publique, IN PUBLICA VINCULA[22]. — En vertu de la loi Papyria *de nexu*, le débiteur condamné cessa d'être réduit en état de servitude; mais la Manus injectio, comme moyen d'exécution par la mainmise personnelle, ne fut point alors abolie. Plus tard, et après l'abrogation des actions de la Loi, elle fut rempla-

21 ESPRIT DES LOIS, liv. XI. ch. 3. *Ce que c'est que la liberté.*

22 La loi Julia *de vi publica*, punissait le magistrat qui avait maltraité ou fait conduire *in publica vincula* le citoyen qui avait fait son appel au peuple; mais la loi exceptait les cas où le magistrat en avait agi ainsi à l'égard du débiteur condamné qui avait refusé d'obéir, et de ceux qui avaient enfreint *la discipline publique.*

« Hac lege excipiuntur, dit Paul, *judicati* etiam et *confessi*, et qui ideo in carcerem duci jubentur, quod jus dicenti non obtemperaverint, quidve contra disciplinam publicam fecerint. (*Paul., Sent.*, V. 26, *et Cujas, Comm.*)

cée, à Rome et dans les Provinces, par l'ordre du Préteur de conduire le condamné, DUCI JUBET (sorte de mandat d'amener), pour que le débiteur conduit dans la maison du créancier appliquât son travail à l'extinction de la dette. C'est cette transformation de l'ancienne main-mise que la Loi de la Gaule Cisalpine exprimait par ces mots : « NE QUIS DE EA RE NISI PRÆTOR, ISVE QUI ROMÆ JURIDICUNDO PRÆERIT..... DUCI EUM JUBEAT[23]. »

La seconde voie d'exécution, l'Envoi en possession et la vente publique des biens, fut conservée. Mais le caractère des droits du créancier, sur les biens détenus par suite de l'envoi en possession, fut précisé par la dénomination de GAGE PRÉTORIEN donnée aux objets mobiliers et immobiliers placés sous la main de l'envoyé en possession. Il y avait cette différence essentielle entre le gage prétorien et l'hypothèque créée par le pacte prétorien, que l'hypothèque ne supposait pas la détention des objets par le créancier, et pouvait s'appliquer même à des biens futurs, tandis que le gage prétorien n'existait qu'à la condition de la mise en possession effective. Si le débiteur avait vendu les objets avant l'exécution de la *missio in possessionem*, le gage prétorien n'avait pas lieu; comme le *pignus*, dans l'ordre des contrats du droit civil, il était essentiellement réel[24]. Lorsqu'il portait sur des

23 Lex Galliæ Cisalpinæ, cap. XXII, *in fine*.

24 D., XIII. 7. 26. § 1. (*Ulp.*) : Sciendum est ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. — Cod. J., VIII. 18. 2 : Prævalet jure qui prævenit tempore. (*Anton.*, *an.* 213.)

Inter pignus hoc prætorium et cætera quæ lege tacite dantur aut conventione, hoc interest quod ille simul atque obligatio subest, aut

immeubles susceptibles de revenus, le créancier recueillait les fruits jusqu'à la vente ou à la remise du gage; les fruits se compensaient avec les intérêts de la créance, car il était dispensé expressément de leur restitution [25].

La *Pignoris Capio* du droit des XII Tables n'était point créée comme action de la Loi pour l'exécution des sentences; mais elle s'étendit dans l'usage; et après l'abolition de l'ancien système de procédure, il y eut une prise de gage autorisée par le magistrat, qui constituait un gage judiciaire distinct du gage prétorien dont nous venons de parler. — Le gage prétorien portait sur l'ensemble des biens compris dans la *missio in possessionem*, et possédés soit par les créanciers, *ex causa judicati*, soit par des envoyés en possession à d'autres titres qu'une sentence de condamnation; le gage judiciaire proprement dit portait spécialement sur un objet, et n'existait jamais que pour garantir le résultat d'une condamnation. — Dans le gage prétorien, c'était le créancier lui-même qui se mettait en possession; dans le gage judiciaire, la main-mise s'effectuait par l'appariteur ou l'officier ministériel exécutant l'ordre du magistrat. — La vente se faisait, dans le gage

de pignore convenit, creditori obligantur etiamsi nunquam res in manus et possessionem creditoris venerit. — Quod autem a magistratu datur non alias constituitur, nisi in possessionem ventum fuerit, quibus ex causis in possessionem missi sumus, aut res *ex causa judicati* capta et occupata sit. (DONELLUS, *de Pign. et Hyp.*, cap. V. (t. VI. p. 881. — et t. XI. p. 230.)

25 Prætor ait : SI QUIS CUM IN POSSESSIONE BONORUM ESSET QUOD EO NOMINE FRUCTUS CEPERIT EI AD QUEM EA RES PERTINET NON RESTITUAT. — His verbis, *ad quem ea res pertinet*, etiam curator bonis distrahendis continebitur, et ipse debitor, si contigerit ne bona ejus veneant. (*D.*, XLII. 5. 9. § 2. *Ulp.*)

prétorien, par les soins du curateur et à la diligence des créanciers; dans le gage judiciaire, la vente s'effectuait par l'autorité directe du magistrat [26]. — La vente publique, après la missio *in possessionem*, entraînait la note d'infamie contre le débiteur; il n'en était pas ainsi dans la vente du gage spécial. — Dans le gage prétorien, la vente aux enchères était la conséquence de la MISSIO, à moins que le débiteur n'eût obtenu la réintégration après le paiement, et les biens n'étaient jamais attribués aux créanciers sans l'intervention de la vente publique; dans le gage judiciaire, si le condamné avait par ses manœuvres écarté les acheteurs, l'objet pouvait être attribué au créancier, *dominium creditori addici solet*, usage qui s'est pratiqué surtout dans les provinces [27]. Mais une règle commune aux deux espèces de gage prétorien et judiciaire, et sur

26 Res ob causam judicati ejus jussu cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri ac distrahi posse sæpe rescriptum est; nam in vicem justæ obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis. (*Cod. Just.*, VIII. 23. 1. ANTON. [An. 214.] *Si in causa judicati pignus captum.*— Cum IN CAUSA JUDICATI aliqua res PIGNORI CAPITUR PER OFFICIUM EJUS qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum qui judicatum fieri postulavit. (*Idem*, L. 2. ALEX. [An 224.]

Cujas, dans ses *Paratitla*, sur les Livres du Code, VIII. 21 et 22, (annotés par Fabrot), a fait ressortir les différences entre le gage prétorien et le gage *in causa judicati captum.*

Doneau n'a pas fait les mêmes distinctions, et semble considérer le gage prétorien comme ne faisant qu'un avec le gage judiciaire. (COMMENT. *in selectos quosdam titulos Digest.*, volum. secund., t. XI. p. 230, *édit. Naples.*)

27 In causa judicati pignora ex autoritate PRÆSIDIS capta, potius distrahi quam jure dominii possideri consueverunt. Si tamen per calliditatem condemnati emptor inveniri non potest, tunc auctoritate Principis *dominium creditori addici solet.* (*Cod. Just.*, VIII. 23. 3. GORDIAN., An. 240.)

laquelle il n'y avait aucune variation, c'était la nécessité de la détention réelle de l'objet [28] : — d'où il résulte que le gage prétorien et judiciaire des Romains n'a aucun rapport avec l'hypothèque judiciaire des Modernes.

Au surplus, le bénéfice de Cession, introduit par Jules César en faveur des débiteurs insolvables, mais de bonne foi dans leur malheur, fut toujours la ressource placée à côté des moyens de rigueur; et par une modification toute favorable aux débiteurs, la Cession, qui devait d'abord se faire solennellement devant le Magistrat, put même se faire extrà-judiciairement par lettre ou par message [29].

IV. — L'autorité de la chose jugée était un grand principe, fondé sur l'intérêt social [30].

« L'état de la République, disait Cicéron (même après avoir frappé, sans jugement, Catilina et ses complices),

28 Un jurisconsulte (d'orgine portugaise), qui professa avec gloire dans les anciennes Universités de France, et que Cujas a qualifié le *premier parmi les interprètes présents et futurs du Droit de Justinien*, Antoine de Gouvéa (*Goveanus*), a dit que l'envoyé en possession avait le droit de gage, bien qu'il ne possédât pas : « *Licet autem missus in possessionem non possideat, jus tamen pignoris habet.* » Mais il se fonde seulement sur la loi 26, *de pigneratitia actione.* (*D.*, XIII. 7), qui dit positivement, § 1 : Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur non alias constitui, *nisi ventum fuerit in possessionem.*—Il y avait donc erreur. (*Ant. Govean.*, *de Jurisdictione,* lib. II. p. 75, *édit.* 1622.)

29 Bonis cedi non tantum in jure, sed etiam extra jus potest; et sufficit et per nuncium vel per epistolam id declarari. (*D.*, XLII. 3. 9. *Marcian.*)

30 D., XXXVI. 1. 65 : Etiam Publici interest propter rerum judicatarum auctoritatem, id est ut res judicatæ suam teneant auctoritatem.

l'état de la République est maintenu, surtout par l'autorité des sentences[31] ».

Le respect dû à la Chose jugée, dans l'ordre civil, fut considéré comme le respect dû à la Vérité, dans l'ordre moral ; et de là cette maxime qui, des Romains, a passé dans la jurisprudence de tous les peuples civilisés, RES JUDICATA PRO VERITATE ACCIPITUR. L'assimilation, cependant, n'est pas possible dans un sens absolu. L'autorité de la chose jugée ne peut pas être la même à l'égard de toutes les questions, de toutes les sentences et de tous les citoyens. La présomption de vérité attachée aux jugements est tantôt générale, et tantôt relative.

La maxime insérée au titre *de Regulis Juris* [207], qui semble tirer de son isolement le caractère d'un axiome, est empruntée à un fragment d'Ulpien, qui l'appliquait à l'état des personnes. [D. I. 5. 25]. Dans son application aux questions d'état, savoir si un homme est libre, ingénu, citoyen ; s'il y a mariage, paternité, filiation, la règle est générale : l'autorité du jugement, lorsqu'il y a eu légitime contradicteur, est universelle dans la Cité ; l'erreur même, consacrée par la sentence définitive en faveur de l'état réclamé, est entourée du respect que l'on doit à la vérité. Or, dans la constitution romaine, par une précieuse harmonie entre les institutions et leur principal objet, c'était le Tribunal électif des Centumvirs qui, statuant sur l'état des personnes dans la Cité, dans la famille, prononçait les Sentences préjudicielles, obligatoires pour la

31 Status Reipublicæ maxime judicatis rebus continetur. (*Cic.*, *pro P. Sulla*, cap. XXII.)—Le discours fut prononcé en 691, après le consulat de Cicéron, et en faveur d'un citoyen accusé d'avoir été l'un des complices de Catilina lui-même.

Cité tout entière. « La sentence alors préjuge à l'égard de tous, disait énergiquement un jurisconsulte du XIV[e] siècle, J. Faber; la sentence portée pour l'état des personnes fait droit, SENTENTIA LATA PRO STATU FACIT JUS [32]. »

Mais quand les questions en litige ne concernent pas l'état des personnes dans la Cité, ne touchent pas à la constitution *personnelle* de la famille, et regardent la propriété, les obligations et toutes les choses susceptibles d'évaluation pécuniaire, l'autorité de la chose jugée ne s'impose plus, comme la vérité, à la société entière; elle n'est plus *générale*; elle est *relative* seulement aux citoyens qui ont figuré dans le procès, ou à ceux qui les représentent. — Et lors même qu'il s'agirait d'une *qualité* de la personne, si cette qualité est liée à une obligation, à une preuve, qui peut être à l'égard de l'un et n'être pas à l'égard de l'autre, le jugement rendu contre la personne en cette qualité ne peut profiter ni nuire à celui qui n'a pas été partie dans l'instance. Ainsi, le jugement obtenu par un créancier ou un légataire contre un successible ou un institué, en qualité d'héritier, ne

32 Joan. Fabri, Comment. in lib. IV. Inst., tit. VI. § 13, PRÆJUDICIALES ACTIONES. (P. 473. 474, *edit. Lugduni*, 1593.)

« Sententia in eis lata præjudicat omnibus.... Numquid est verum indistincte? « Sententia lata pro statu facit jus. Quid si contra statum? Non videtur idem; cum cesset causa favoris *libertatis vel ingenuitatis.* » Le *facit jus* est tiré des lois romaines. (*D.* V. 2. 17. § *ult.*)

Toute la discussion de J. Faber mérite d'être étudiée. Un jurisconsulte, D. Hérald, qui a fait un traité spécial très-intéressant *de rerum judicatarum auctoritate*, inséré dans le 2[e] tome du Trésor d'Othon, expose et développe la même doctrine (liv. I. c. 1. n° 9.)

Zimmern fait aussi cette remarque, mais sans développement : « C'est en matière de questions d'état que l'on peut dire avec raison : *Res judicata pro veritate accipitur.* » (*Traité des actions*, § 140, *in fine.*)

peut être invoqué par un autre créancier contre le même successible, parce que l'obligation qui résulte de l'adition d'hérédité, ou la preuve de l'obligatton, a pu exister à l'égard de l'un, sans exister à l'égard de l'autre. Ainsi, de deux cohéritiers d'un débiteur, l'un est poursuivi et condamné envers un créancier : le jugement ne pourra nuire à l'autre cohéritier, bien qu'il ait connu l'action et le jugement, parce que la défense étant divisible, reste entière pour le cohéritier[33]. — Ainsi, encore, la plainte en testament inofficieux a pu réussir contre un institué, sans réussir contre un autre, parce qu'une mauvaise défense ne peut nuire à une bonne. Le testament peut donc être rescindé à l'égard de l'un et n'être pas rescindé à l'égard de l'autre : là encore il y a des intérêts et des défenses divisibles, et cette divisibilité pénètre jusque dans le testament ; car, malgré la règle qu'un citoyen ne peut mourir partie testat et partie intestat, l'hérédité est partagée entre l'héritier testamentaire et l'héritier du sang. Ce qui n'aurait pu avoir lieu par la volonté du testateur s'effectue après sa mort, *ex post facto*, par respect pourl'autorité purement relative de la chose jugée[34].

33 Nam scientibus nihil præjudicat, veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur ; nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit. (*D.*, XLII, 1. 63. *Macer.*)

34 Cum inofficiosi querelam evenire plerumque adsolet ut in una ea atque eadem causa diversæ sententiæ proferantur. Quid enim si, fratre cogente, heredes scripti diversi juris fuerunt? Quod si fuerit, pro parte testatus et pro parte intestatus, decessisse videtur. (*D.*, v. 2. 24. *Ulp.*)

Filius qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte po-

Cette autorité, ramenée ainsi à son caractère relatif dans le domaine des intérêts réels et privés, est opposée sous la forme de l'exception *rei judicatæ*. L'exception est donnée, comme on l'a vu plus haut, au défendeur absous par le jugement, pour repousser l'action nouvelle du demandeur; elle est donnée aussi au demandeur qui a vaincu dans l'instance et qui serait poursuivi, plus tard, par l'ancien défendeur. Cette exception est perpétuelle et péremptoire. Mais, pour qu'elle puisse exister, trois conditions doivent concourir : — Il faut que la chose demandée soit la même, EADEM RES; — que la demande soit fondée sur la même cause, EADEM CAUSA PETENDI; — qu'elle soit entre les mêmes parties, INTER EASDEM PERSONAS.

1° Identité de chose. — La condition existe, quelle que soit la nature, mobilière ou immobilière, corporelle ou incorporelle, totale ou partielle de l'objet du litige.

2° Identité de cause. — Une seule cause de demande aurait pu donner lieu à plusieurs actions; la diversité des actions possibles ne change pas l'unité de la cause prochaine qui pouvait les produire, et c'est à cette cause prochaine que l'on doit s'attacher pour savoir s'il y a identité[35]. Quand il s'agit de propriété, une cause absorbe toutes les causes; car on ne peut être propriétaire qu'une fois d'un même objet. Quand il s'agit d'obliga-

test; et corpora vindicare et hereditatem dividere. Verum enim est familiæ erciscundæ judicium competere : quia credimus eum legitimum heredem *pro parte* esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri. (*D.*, V. 2. 15. *Papin.*) *Supra*, p. 72. note 28.

35 Proxima causa actionis. (*D.*, XLIV. 2. 27.)

tion, il peut y avoir plusieurs causes différentes et successives; une personne peut être obligée envers moi de différentes manières, à divers titres : si donc j'ai succombé en invoquant une cause d'obligation, je puis réussir contre la même personne, en invoquant une cause différente. Après avoir agi inutilement contre elle par l'action *mandati*, je puis agir par l'action *pro socio;* mais si j'ai revendiqué, à titre de propriétaire, contre Seius le fonds Cornélien, et si j'ai succombé dans mon action, je ne puis agir contre le même adversaire, en alléguant une autre cause de propriété, à moins qu'une cause nouvelle ne soit survenue depuis l'instance[36].

3° Identité de personnes. — Les successeurs à titre universel ou singulier de la partie qui a figuré dans le jugement ne sont pas considérés comme des personnes différentes; la représentation de la personne elle-même, ou la succession à la propriété de la chose, par transmission à titre singulier, produira le même effet et supposera l'identité des personnes, parce que les intérêts des auteurs et des successeurs se confondent, dans les deux cas, à l'occasion de l'objet litigieux et de la cause du litige.

Par ce simple aperçu sur une Règle qui a donné lieu à de si riches développements dans la science du droit, on peut entrevoir à quelle profondeur l'analyse des Jurisconsultes romains avait cherché les éléments de la grande exception *rei judicatæ*. Ils voulaient s'assurer que

36 D., XLIV. 2. 14. § 2 : Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, sæpe autem deberi potest.

Struvius Syntagm. juris civilis exercit. 45, *de Except. rei judicatæ*, n° XX. — Zimmern. (§ 139.)

l'exception ne serait pas abusive, qu'elle porterait avec certitude sur un litige déjà terminé entre les mêmes parties. Ils voulaient que la Chose jugée servît ou nuisît à ceux seulement qui avaient été personnellement jugés ou représentés. — Pour éviter la multiplicité des procès, ils faisaient encore une distinction fondée sur la position respective des personnes et sur la nature des droits subordonnés les uns aux autres. Lorsque celui qui avait le plus d'intérêt à agir le premier laissait sciemment agir la personne qui n'avait qu'un droit secondaire, il devait s'imputer de n'avoir pas usé de son droit de priorité, et subir la conséquence du jugement. Le créancier, par exemple, qui laissait le débiteur plaider sur la propriété du gage remis entre ses mains; — le mari qui laissait son beau-père ou sa femme plaider sur la propriété des choses par lui reçues en dot, étaient censés avoir consenti ou participé au jugement. Ils auraient donc été repoussés par l'exception de la chose jugée, si, plus tard, ils étaient venus réclamer le gage ou la chose dotale contre ceux qui avaient gagné le procès. — De même, la sentence sur la nullité d'un testament, portée contre l'héritier inscrit, nuisait aux légataires, dont les droits sont nécessairement *subordonnés* à la validité d'un titre indivisible[37].

Ainsi, et en résumé, les Jurisconsultes romains, en proclamant l'autorité de la chose jugée, en l'assimilant à la vérité, lui donnaient dans la Cité une autorité GÉNÉRALE OU RELATIVE, selon le caractère des questions,

37 D., XLII. 1. 63.(*Macer.*): Sæpe constitutum est res inter alios judicatas aliis non præjudicare; quod tamen quamdam distinctionem habet; nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest.

D. XXX. 1. 50. § 1 : Quant aux legs. *Secus*, s'il s'agissait d'un gage, qui pouvait valoir par une autre cause. D. XX. 1. 3. *Pap.* (*Hér.*, I. c. 2.

des personnes et des intérêts. — Quand ils la réduisaient à une application relative, ils s'assuraient, par les conditions constitutives de l'exception *rei judicatæ*, qu'elle porterait vraiment sur un litige déjà jugé entre les mêmes parties ou leurs ayant-cause, ou sur des droits subordonnés par leur nature à un droit fondamental. — De plus, ils faisaient en sorte que chacun fût intéressé gravement à veiller sur ses propres droits, en associant aux effets de la sentence les personnes qui auraient pu agir, et qui, par incurie ou par connivence, avaient laissé de moins intéressés agir à leur place. La Loi civile de Rome protége le Citoyen dans l'exercice de ses droits, mais en attachant ses garanties à un devoir, la vigilance du père de famille : JUS CIVILE VIGILANTIBUS SCRIPTUM EST.

Si la vigilance est un devoir lié à l'intérêt des plaideurs, elle est un devoir bien plus impérieux encore pour le juge, qui doit accomplir religieusement son office. Le juge qui prononçait la sentence contre les lois, contre le droit public, invoqués devant lui, était criminel et frappé de déportation; celui qui prononçait par faveur, par haine, par cupidité, *dolo malo*, assumait le procès sur sa tête, et en devait la véritable estimation : mais, en outre, celui-là même qui ne commettait le dommage que par impéritie, par imprudence, faisait sien le litige et en était responsable[38]. La responsabilité du juge garantissait les citoyens contre ses passions, son ignorance ou sa légèreté. Quelle admirable harmonie entre les fonctions du juge et les devoirs de l'homme!

38 Paul., Sent. v. 25. § 4. *In insulam deportatur.* — D. v. 1. 15. § 1. *Judex cum dolo malo* (*Ulp.*) — D. L. 13. 6. *Per imprudentiam* (*Gaius.*) — Donellus, Comm., lib. XXVIII. c. 2.

# CHAPITRE VI.

## CULTURE ET ENSEIGNEMENT DU DROIT. — ÉCOLE DES PRUDENTS.*

Existimo juris civilis magnum usum.... et apud multos fuisse. (Cic., Brutus, xli.)

---

Avant la Loi des XII Tables, le Droit était pontifical: ses principes et ses modes d'action étaient entourés de mystère. — Depuis la Loi des XII Tables, le Collége des pontifes dressait les formules d'action, les patriciens répondaient sur le droit à leurs clients; l'initiation à la connaissance, à la pratique du droit était encore le privilége du patriciat. Mais en l'an 502 un plébéien, Tib. Coruncanius, fut élevé, par l'illustration de ses services et la force des choses, à la dignité de Grand-Pontife; il put interroger les derniers replis du droit pontifical, et s'approprier la notion des formules, la doctrine des PRUDENTS sur la Loi des XII Tables et le Droit non-écrit. Quand il fut maître de la science mystérieuse, il eut le noble courage de RÉPONDRE SUR LE DROIT, non plus à des clients, mais à tous les citoyens, et de professer publiquement une doctrine dont l'impression resta long-temps dans les esprits[1].

* Pour l'École des jurisconsultes de l'Empire, voir au tome II, notre Liv. III. ch. 5.

1 Pomp., Orig. Jur., §§ 35. 38 : Ex omnibus qui scientiam nacti sunt, ante Tib. Coruncanium PUBLICE PROFESSUM NEMINEM TRADITUR..... Cujus scriptum nullum exstat, sed *responsa* complura èt *memorabilia* ejus fuerunt.

Gravina va peut-être trop loin, quand il dit que Tib. Coruncanius forma des disciples, *discipulos habuisse*. (*De Ort. et Pr.*, ch. 43. p. 34.)

Cinquante ans après, un patricien, que Cicéron appelle le plus habile de tous en droit civil, SEXTUS ÆLIUS, fit un livre, déjà cité par nous, qui comprenait la Loi des XII Tables, son interprétation, et les actions de la Loi, mises en rapport avec le texte. Ce livre mérita d'être appelé par les jurisconsultes des siècles postérieurs le DROIT ÆLIEN et le BERCEAU DE LA SCIENCE DU DROIT[2].

Le premier enseignement du droit PAR LA PAROLE, et le PREMIER LIVRE écrit sur le droit civil, se sont donc produits dans le VIe siècle de Rome. — L'enseignement oral ou par écrit était alors renfermé dans l'interprétation des XII Tables et des plus anciens usages.

Au VIIe siècle, le Droit civil reçoit des éléments de différente nature. Le droit des gens, les plébiscites, les lois spéciales, les édits des préteurs de la ville et des étrangers, sont des sources nouvelles pour la législation et pour la science. Les pontifes, les consuls, les censeurs, les tribuns, les préteurs et les proconsuls dans les provinces, concourent tous, comme jurisconsultes ou législateurs, au développement du droit. Caton le censeur et son fils exercèrent une telle influence dans la science praque qu'une règle de droit sur la validité des testaments porte à jamais la dénomination de règle Catonienne[3]; le

2 Cic., in Bruto : « Sextus Ælius, juris quidem civilis, omnium peritissimus. » — *Supra* chap. IV. p. 52. — chap. 5. p. 353.

Pomp. Orig., Jur., § 38 : « Sextus Ælius alias actiones composuit et » librum populo dedit qui appellatur Jus Ælianum....... » Sextum Ælium etiam Ennius laudavit ; et EXSTAT illius liber qui inscribitur *Tripertita*; qui liber veluti *Cunabula Juris* continet.

3 D., XXXIV. 7. *Regula Catoniana* sic definit : « Quod si testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret : id legatum, quandocumque decesserit, non valere. » — D'après cette règle, le testa-

tribun Aquilius attacha son nom à un plébiscite (la loi *Aquilia*) sur le dommage causé par la faute ou l'imprudence des citoyens[4]; le préteur Publicius attacha le sien à l'action Publicienne, qui garantit le droit de possession à l'acquéreur de bonne foi[5]; le préteur C. Aquilius Gallus, le collègue de Cicéron dans la préture [687], celui que Valère Maxime qualifie d'*homme d'une grande autorité*, d'*homme éminent dans la science du droit civil*[6], imprima aussi son nom à une forme générale de contracter, la stipulation Aquilienne; et par l'exception de dol qu'il introduisit dans le droit, il priva la fraude de ses plus subtiles ressources[7]. — Quintus Mucius Scévola, tribun, consul [658], grand-pontife, et proconsul en Asie, fit pour sa province un ÉDIT qui mérita d'être proposé comme modèle à ses successeurs

ment doit être tel que si le testateur venait à mourir immédiatement, le testament pût produire effet. — En d'autres termes, la capacité du testateur doit exister au moment de la confection du testament, et non pas seulement au jour du décès. — Caton suivit quelquefois S. Ælius, selon la remarque de Pomp. OR., § 38.

4 Ce que nous appelons *quasi-délits*. — Ce tribun Aquilius ne doit pas être confondu avec le préteur C. Aquilius Gallus. Il lui est antérieur. Le jurisconsulte Brutus, que l'on regarde comme un des plus anciens, parlait de la loi *Aquilia* dans ses écrits. (*D.*, *ad Leg Aq.*, IX. 2. 27. § 22., et L. 39.)

5 Ce préteur vivait probablement du temps de Cicéron (*Pro Cluentio*, XLV.) — Heineccius avait combattu la conjecture par un passage de Térence, faisant mention de l'action *rescisoire*, attribuée au même Publicius; mais Térence ne parle point de *cette action*, ainsi qu'on l'a justement remarqué dans les notes sur Heinec. (ANTIQ. ROM., p. 681, *édit. Mulhenb.*) — Pothier avait suivi sans discussion l'opinion d'Heineccius. (*Pandect.*, VI. 2. 1. (1).

6 « Vir magnæ autoritatis et scientia juris civilis excellens. » (*Val. Max.*, VIII. 2.)

7 Cic., de Nat. Deor., III. 16.

par un décret du sénat[8], et il publia sur le droit civil des livres qui méritèrent aussi les éloges des jurisconsultes de la grande époque[9]. Alfenus Varus, qui des rangs les plus obscurs s'éleva sous Auguste au rang de consul, composa le premier recueil connu sous le nom de Digeste.

Tous ces hommes supérieurs et d'autres encore, tels que Publius M. Scévola, consul en 620, père de Quintus Mucius; Ælius Gallus, qui s'occupa spécialement des origines; Rutilius Rufus, consul en 648, proconsul en Asie, qui le premier réfréna la rapacité des chevaliers et mourut en exil[10], tous étaient remarquables par leur connaissance étendue et leur grande pratique du droit civil. Mais jusqu'alors, un seul jurisconsulte, au jugement de Cicéron, avait fait vraiment du droit civil une science par la méthode : c'était SERVIUS SULPICIUS. « J'estime, dit l'orateur romain, qu'une grande pratique du » droit civil est chez Scévola et plusieurs autres; L'ART » EST EN LUI SEUL. — En lui seul, aujourd'hui, il y a » grandeur d'AUTORITÉ et de SCIENCE[11]. »

8 Val. Max., VIII. 16. 6 : Qui Asiam tam sancte et tam fortiter obtinuit ut Senatus deinceps in eam provinciam ituris magistratibus, exemplum atque formam officii Scœvolam *decreto suo proponeret*.

Cicéron cite l'édit Asiatique dans sa lettre à Atticus. (VI. 1.)

9 Index Justinianeus in Pand. Florent. : Axiomat. liber singul. De jure civili. — Lib. XIX. D. *De Reg. jur.*, l. 73. — *D.* II., *de Orig. jur.* §§ 41. 43.

10 Cic., Brut., 30. 31. — De Orat., II. 69. — Tacit., Annal., IV. 43. — Senec., de Benefic., XXXVII. — Tous ces auteurs font le plus grand éloge de Rufus, qui refusa de retourner à Rome, sur la proposition de Sylla, et mourut à Smyrne.

11 Existimo juris civilis magnum usum et apud Scœvolam, et apud multos fuisse, ARTEM IN HOC UNO. (*Cic.*, *Brut.*, 41.)

Sit ista res magna, sicut est; quæ quondam a multis claris viris nunc ab UNO SUMMA AUCTORITATE, et SCIENTIA SUSTINETUR (*De Leg.*, I. 5.)

Le jurisconsulte S. Sulpicius, contemporain et ami de Cicéron, n'était pas enchaîné par la lettre rigoureuse des XII Tables : le droit prétorien avait déjà conquis les esprits les plus distingués. L'orateur qui avait fait la faute de plaider pour Muréna contre S. Sulpicius lui-même, et de jeter du ridicule sur la gravité des jurisconsultes pour plaire au peuple du forum, s'en repentit plus tard[12]; et il rendit cet éclatant hommage à Sulpicius, qu'il n'était pas plus l'organe du droit que de la justice, et qu'il rapportait le droit civil à l'équité : QUI NON MAGIS JURIS QUAM JUSTITIÆ CONSULTUS ESSET, ET JUS CIVILE AD ÆQUITATEM REFERRET. (Philipp. 9.)

Disciple d'Aquilius Gallus, Sulpicius eut lui-même de nombreux disciples. Il alliait la culture des lettres, dit Aulu-Gelle, à la science du droit civil[13]. La célèbre épître à Cicéron sur la mort de Tullie atteste l'élévation de son esprit et de sa philosophie[14]. Il avait écrit, d'après le témoignage de Pomponius, *cent quatre-vingts livres* sur le droit. Sa méthode était savante et profonde par la distribution des matières, la justesse des définitions, la clarté des distinctions dans les choses obscures, la

12 Apud imperitos tum illa dicta sunt; aliquid etiam *coronæ* datum. (*De Finib.*, IV. 7.)

13 S. Sulpicius, juris civilis auctor, *vir bene litteratus*. (*Aulu-Gell.*, lib. II. c. 10.)

14 Epist. Cic., lib. IV. 5, an. 708. — Ernesti, dans son *Index historicus* (augmenté par M. V. Leclerc), v° *Servius Sulp.*, ne met pas en doute l'identité de l'auteur de cette lettre éloquente avec le jurisconsulte qui avait été successivement questeur, préteur, consul et proconsul en Grèce.—Le même Servius écrit une autre lettre à Cicéron sur la mort de Marcellus. On y trouve la dignité d'une âme vraiment forte.

sûreté des principes et l'appréciation des conséquences vraies ou fausses qui en étaient déduites [15].

Le droit n'était donc pas seulement, comme droit positif, dans la Loi des XII Tables, dans les mœurs, dans les lois spéciales, les plébiscites, les édits des magistrats; il était constitué en art, en théorie; la science du droit civil était créée.

15 Quod nunquam effecisset ipsius juris scientiam, nisi eam præterea didicisset artem quæ doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere ; postremo habere regulam qua vera et falsa judicarentur, et quæ, quibus positis, essent vel non essent consequentia. ( *Cic.*, *Brutus*, XLII.)

# CHAPITRE VII.

## PHILOSOPHIE DU DROIT SELON LA DOCTRINE DE CICÉRON.

---

Penitus ex intima philosophia hauriendam disciplinam putat. (CIC., DE LEGIBUS.)

### SOMMAIRE.

§ 1. — Philosophie du droit *considérée dans son principe, d'après le Traité* de Republica.
§ 2. — Philosophie du droit *considérée dans ses applications générales, d'après le Traité* de Legibus.
I. — *Nature de l'Homme.*
II. — *Origine et nature de la Société.*
III. — *Origine et nature de la Loi.*
IV. — *Souveraineté du Peuple. — Caractère du Pouvoir.*
§ 3. — *Essai d'application de la philosophie du Droit au droit civil de Rome.*

---

### § 1er. — PHILOSOPHIE DU DROIT, CONSIDÉRÉE DANS SON PRINCIPE, D'APRÈS LE TRAITÉ SUR LA RÉPUBLIQUE.

A l'époque où le Droit civil était constitué comme science, une branche, qui doit en être inséparable, la philosophie du Droit, naissait à Rome sous l'influence de Cicéron et de la philosophie stoïcienne. — On s'est demandé si l'orateur romain avait fait ou non un Traité sur le Droit civil, et l'on cite avec complaisance un passage d'Aulu-Gelle qui se rapporterait à un ouvrage de ce

genre[1]. Qu'importent les conjectures à cet égard? Il est certain que Cicéron, auditeur et disciple de Quintus Mucius, avait profondément étudié le droit civil[2], et que, dans ses ouvrages sur l'art oratoire ou sur la philosophie, il saisit toutes les occasions de faire l'éloge des XII Tables, de l'Edit prétorien, et d'en reproduire l'esprit, le texte, les sentences, comme on peut s'en convaincre par les nombreux emprunts que nous lui avons faits dans notre Exposition. Mais sous le point de vue du droit civil et privé, Cicéron aurait dans l'histoire une place inférieure à Q. Mucius, à S. Sulpicius; sous le point de vue de la philosophie du droit, au contraire, il n'a pas d'égal parmi ses contemporains, et nous dirions dans la postérité, si l'ESPRIT DES LOIS n'existait pas.

Cicéron avait vu le droit civil de Rome s'ouvrir aux principes du droit des gens; il avait applaudi à ce progrès, par lequel Rome s'assimilait les institutions et les idées consacrées par l'assentiment commun des peuples. L'introduction d'une partie du droit des gens dans le

1 M. autem Cicero in libro qui inscriptus est DE JURE CIVILI IN ARTEM REDIGENDO. Le seul passage de ce livre que nous connaissions, d'après Aulu-Gelle, se rapporte à l'histoire du droit ou des jurisconsultes : « *Nec vero scientia juris majoribus suis* Q. Ælius Tubero defuit; doctrina etiam superfuit. » (*Aulu-Gell.*, I. 22.)

2 Ego autem juris civilis studio, multum operæ dabam Q. Scævolæ Pontifici, qui quamquam nemini se ad docendum dabat, tamen consulentibus respondendo, studiosos audiendi docebat. (CIC., *Brutus*, cap. 89.)

Dans le Livre des Lois, Atticus dit à Cicéron : Quin igitur.... et conscribis *de jure civili* subtilius quam cæteri? Nam a primo tempore ætatis juri studere te memini, quum ipse etiam ad Scævolam ventitarem; neque unquam mihi visus es ita te ad dicendum dedisse ut Jus Civile contemneres. (CIC., *de Legib.*, I. 4.)

droit primitif était le résultat que les Jurisconsultes, les Tribuns et les Magistrats de la seconde période de l'Époquè romaine avaient laborieusement obtenu ; c'était beaucoup. Mais Cicéron portait son regard plus loin : il voulait faire dériver la science du droit des profondeurs même de la philosophie : PENITUS EX INTIMA PHILOSOPHIA HAURIENDAM DISCIPLINAM PUTAT[3].

Les idées de la Grèce avaient fait, au VII[e] siècle, invasion dans la société romaine. Le matérialisme d'Epicure avait enfanté à Rome le vaste poème de *la nature des choses*, et T. Lucrèce, en se donnant la mort [698], avait confié à son ami, à Cicéron lui-même, le soin de publier son œuvre. Par respect pour les dernières volontés d'un ami malheureux, Cicéron livra le poème à la publicité, non sans en avoir corrigé certaines parties, si l'on en croit le témoignage de S. Jérôme et d'Eusèbe[4]. Mais il garda dans ses propres ouvrages un silence absolu sur une production dont les beautés poétiques ne pouvaient absoudre à ses yeux l'idée fondamentale[5].

3 Cic., de Leg., I. 5 : Non ergo a prætoris edicto ut plerique nunc, neque a XII Tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia.

4 T. Lucretii Cari vita. — De poetarum histor. Dial. IV. Aut. Greg. Gyraldo : Hieronymus ex Eusebio, etiam ab ipso Cicerone emendatum opus, his ex libro de temporibus verbis prodidit..... : « Cum aliquos libros conscripsisset, quos postea Cicero emendavit.... »

5 Cicéron, dans une lettre à son frère Quintus, de janvier 699, parle une seule fois du poème de Lucrèce, et le passage est douteux, d'après les anciens manuscrits. Selon une leçon (celle de D'Olivet) suivie par M. V. Leclerc, il dit : « Lucretii poemata ut scribis ita sunt : « *multis luminibus ingenii*, multæ tamen artis. » Selon la variante d'Ernesti, il faudrait lire : *Non multis luminibus ingenii*. L'antipathie de Cicéron contre la doctrine d'Epicure me paraît donner beaucoup de vraisemblance à la leçon d'Ernesti. (*Epist. ad Q. fratrem*, II. 11. — t. XXI. p. 348. — Et *la note de M. V. Leclerc*, p. 378 — *Voir* le beau travail de M. Villemain sur Lucrèce, *Mél. littér.*, III.)

La doctrine d'Epicure s'était enhardie jusqu'à proclamer dans le sénat de Rome la négation de la vie future, par l'organe de Jules César, défendant la vie des complices de Catilina. Pur du soupçon d'avoir souillé sa toge de patricien dans la conjuration ou l'amitié des conjurés (*nobilissimi cives*), il appela le matérialisme à l'appui de l'indulgence, et repoussa la peine de mort comme n'étant pas un supplice, mais la fin de tous les maux, les mortels n'ayant rien à craindre au-delà, ni rien à espérer. César rencontrait là une de ces hardiesses qui devaient tenter son éloquence et son courage; c'était de provoquer à la lutte des délibérations le spiritualisme sévère de Marcus Porcius Caton, dont la grande âme s'attachait au stoïcisme, et qui ne manqua pas à la cause publique [6].

La doctrine d'Epicure, qui s'introduisait au sénat de Rome, avait pénétré même parmi les jurisconsultes. Alfenus Varus, jurisconsulte des derniers temps de la République, auquel les Pandectes de Justinien ont emprunté jusqu'à cinquante lois ou fragments, désignait la

6 Sallustii Catilina. — Cap. 51. Cæsaris oratio..... « De pœna possum equidem dicere id quod res habet; in luctu atque miseriis, mortem ærumnarum requiem, non cruciatum esse; eam cuncta mortalium mala dissolvere; *ultra neque curæ, neque gaudio locum esse.*

Cap. 52. Catonis oratio..... « Bene et composite Caius Cæsar paulo ante in hoc ordine de vita et morte disseruit, credo, falsa existimans ea quæ de inferis memorantur..... Sin in tanto omnium metu solus non timet, *eo magis refert me mihi atque vobis timere.* » — Cette dernière phrase annonce que Caton pressentait le danger qui viendrait du côté de César.

Salluste saisit l'occasion de ce grand débat pour mettre en parallèle César et Caton : « Sed memoria mea, ingenti virtute, diversis moribus fuere viri duo, M. Cato et J. Cæsar. (Cap. 53.)

doctrine d'Epicure comme la philosophie elle-même[7]. — Le jurisconsulte C. Trébatius, l'ami de Jules César, l'ami auquel Cicéron adressa, depuis, son livre des Topiques, avait fini par adopter la secte des Epicuriens. « O l'admirable camp choisi par vous ! lui écrivait Cicé- » ron : O CASTRA PRÆCLARA ! Comment défendrez-vous » le Droit civil désormais, quand votre intérêt sera tout » pour vous ? — Et la formule de Fiducie, qu'il faut bien » agir entre gens de bien ? — Et le serment au nom du » Dieu suprême, quand vous croirez que Jupiter ne peut » s'irriter contre personne[8] ? »

Cicéron combattit énergiquement l'ascendant de l'école épicurienne. Son génie, si abondant et si élevé, puisait à toutes les sources de la philosophie spiritualiste pour en répandre l'influence sur la jeunesse romaine. Il s'inspirait également de la haute métaphysique de Platon dans les Tusculanes, de la méthode sévère d'Aristote dans le traité *de Finibus*, de la philosophie morale du Portique dans les traités de la République et des Lois,

7 D., v. 1. 76. (*Alf.*) : Quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri : fore, ut ex ejus ratione nos ipsi non iidem essemus, qui abhinc anno fuissemus : propterea quod, ut Philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hæ quotidie ex nostro corpore decederent, aliæque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter cujus rei species eadem consisteret, rem quoque eamdem esse existimari.

Dans cette doctrine, Alfenus, pour prouver l'identité de l'homme avec lui-même, n'e voit que l'homme purement corporel ou matériel.

8 O castra præclara !....... Sed quonam modo jus civile defendes, quum *omnia tui causa facias*, *non civium* ? Ubi porro illa erit formula fiduciæ, « ut inter bonos bene agier oportet ?... » Quomodo autem tibi placebit, Jovem lapidem jurare, quum scias Jovem iratum esse nemini posse ? (*Cic.*, *Epist.*, VII. 12. an. 700. Les Topiques sont de 709.)

et dans le livre sur les Devoirs. Orateur ou publiciste, philosophe ou jurisconsulte, il proclamait la LOI NATURELLE dans toute sa pureté. Il en donnait, dans le discours pour Milon, une magnifique définition qui excitait dans les assemblées publiques un long tressaillement[9]. L'orateur ne l'appliquait alors qu'au droit de défense légitime; mais le jurisconsulte philosophe en démontrait ailleurs la nécesssité, et pressentait son empire dans la société civile et politique. Il la regardait, sous le nom d'Equité, comme le fondement du Droit. Dans le Traité des Devoirs, il dit : LE DROIT EST IDENTIQUE A L'ÉQUITÉ; AUTREMENT IL NE SERAIT PAS LE DROIT[10]. — Au livre I[er] de la République, il se demande d'où vient le droit des gens, d'où vient le droit civil; — et il les fait dériver de la même source que la justice, la foi, l'équité[11]. « La justice, dit-il, regarde le monde entier; elle brille, elle se répand sur lui : JUSTITIA FORAS SPECTAT ET PROJECTA TOTA EST ATQUE EMINET[12]. » — Dans la bouche de l'interlocuteur Philus, il met une diatribe pleine de verve contre la justice et le droit civil; il lui fait dire d'avance ce que Montaigne et Pascal ont mis si fortement en saillie sur la justice légale de leurs siècles. Mais il y répond, sous le nom de Lælius, par cette admirable exposition

9 Est igitur non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus; ad quam non docti, sed facti; non instituti, sed imbuti sumus.....

10 Jus enim semper quæsitum est æquabile : neque enim aliter esset jus. (*De Off.*, II. 12.)

11 « Unde jus aut gentium, aut hoc civile quod dicetur?..... Unde » justitia, fides, æquitas. » (*De Rep.*, I. 2.)

12 De Rep., III. 4.

de la loi naturelle, qui est citée partout : « EST QUIDEM » VERA LEX RECTA RATIO, NATURÆ CONGRUENS, DIFFUSA » IN OMNES, CONSTANS, SEMPITERNA, QUÆ VOCET AD OF- » FICIUM JUBENDO, VETANDO, A FRAUDE DETERREAT[13].... » Il est une Loi vraie, rationnelle, conforme à la nature, » commune au genre humain, immuable, éternelle, qui » ordonne le bien, prohibe le mal, impose le devoir.... »

Mais une IDÉE GÉNÉRALE n'est pas une théorie; et Cicéron n'aurait pas créé la philosophie du droit, s'il avait présenté seulement une grande généralité.

Reconnaissons donc à quelle condition il l'a fondée. C'est principalement dans ses deux traités de la *République* et *des Lois* qu'il faut en rechercher les bases. Cicéron les a composés à la fin du septième siècle de Rome et au commencement du huitième, dans la plénitude de l'âge mûr. Il laissait le traité de la République à ses concitoyens, en partant pour le proconsulat de la Cilicie [699]; et ses amis, Cœlius notamment et Atticus, l'informaient par leurs lettres, en 702, de tout le succès de son ouvrage[14]. — Le livre des Lois fut fait pour compléter l'œuvre de la République.

Pour le titre, la forme et la composition successive de ses deux ouvrages, Cicéron était l'imitateur de Platon. Mais dans le fond il y avait, entre la RÉPUBLIQUE

13 De Rep., III. 27.

14 Cœlius Ciceroni : « Tui politici libri omnibus vigent. [An. 702.] (*Epistolæ famil.*, VIII. 1. t. 16. p. 124.)

Cicero ad Atticum : « Itaque irascatur qui volet, patiar..... præsertim cum SEX LIBRIS, tanquam prædibus, me ipsum obstrinxerim, *quos tibi tam valde probari gaudeo.* [An. 703.] (*Epist. ad Attic.*, VI. 1.)

ou les LOIS de Platon et de Cicéron, toute la distance qui sépare le génie grec et le génie romain; l'esprit purement spéculatif d'un philosophe qui a vécu dans la contemplation des idées; l'esprit méditatif et pratique d'un personnage consulaire qui s'est trouvé aux prises avec les hommes et les faits.

Une autre cause de différence existait: elle tenait à la différence même des sociétés au sein desquelles naissaient et se développaient les systèmes philosophiques.

Tous les systèmes de philosophie ont un rapport plus ou moins profond avec l'état de la société, des mœurs, des esprits; c'est leur part de *vérité relative*. — Tous aussi ont une part plus ou moins grande de la *vérité absolue*, sans laquelle ils ne pourraient agir sur l'homme. Les Républiques de la Grèce ont produit la République de Platon; celle-ci est leur idéal, leur forme supérieure, mais elle se rattache visiblement à la République de Lycurgue. Le principe fondamental de ce livre, c'est que la société domine l'individu, et que l'homme n'a pas de droits individuels, doctrine qui venait de l'Orient [15]. L'ETAT (ou le corps social) absorbe le développement des facultés humaines; la prééminence absolue de la société sur l'individualité détruit la liberté de l'homme et sa moralité, la famille et la propriété. Dans la République de Platon, la communauté des femmes, des enfants et des biens n'est qu'un sacrifice de l'homme individuel à l'idée absolue de la société. — Les LOIS de Platon ont pour objet de réaliser sa République, en

15 Voir dans le Platon, traduit par M. Cousin, l'argument du t. VII. p. 8, qui condense avec tant de force la doctrine platonicienne.

modifiant toutefois l'ideal pour l'approprier aux temps; mais Platon est encore là dominé par son principe : « Partout, dit-il au Livre v[e], où les lois auront pour but » de rendre l'État parfaitement UN, on peut assurer que » là est le comble de LA VERTU POLITIQUE. »

Dans la société romaine, les faits, depuis long-temps, avaient donné une grande place à l'homme. La constitution originaire était aristocratique; l'unité de l'État dominait le peuple divisé en plusieurs classes; l'homme servait d'instrument à la Cité; mais, sous l'empire de la Cité primitive, il y avait toujours eu, cependant, deux principes essentiels, la FAMILLE et la PROPRIÉTÉ, qui écartaient le sacrifice absolu de l'homme à la société. La forme aristocratique elle-même ne resta pas long-temps impénétrable au principe *individuel*, à l'esprit de la démocratie. L'antique combat des Plébéiens contre les Patriciens, la retraite sur le Mont-Sacré et sur le Mont-Aventin, l'admission de l'Italie au droit de cité après la guerre Sociale : c'est la lutte des individus et des peuples, des droits individuels et des droits politiques, contre l'aristocratie du patriciat et l'unité prédominante de la cité. — LA CITÉ reste comme type primitif de l'organisation sociale; mais les DROITS PERSONNELS sont reconnus et sacrés : le SUM CIVIS ROMANUS est le plus beau titre de l'homme avant le Christianisme, et saint Paul lui-même s'en est prévalu.

Ce que les plébéiens ont fait par leur lutte énergique dans la cité, le stoïcisme l'a fait dans la science, dans la philosophie du droit.

Le stoïcisme est la doctrine de l'INDIVIDUALITÉ à sa plus grande hauteur; il pose théoriquement les droits

naturels et personnels à côté du droit de la société. Zénon voulait que son disciple se mêlât aux mouvements de la vie civile; et Cicéron, qui emprunte à Platon le titre et la forme des traités de la République et des Lois, s'attache, pour en composer la substance, à la doctrine stoïcienne. — La doctrine de Zénon et de Chrysippe, qui florissaient aux v^e^ et vi^e^ siècles, avait été enseignée à Rome, vers le milieu même du vi^e^ siècle, par Panétius, sous les auspices de Scipion l'Africain. A son école s'étaient formés les jurisconsultes Rutilius Rufus, Ælius Tubéron, P. Mucius Scévola, le père des jurisconsultes de la famille Mucia. Dans le siècle suivant, Athénodore avait eu Caton pour disciple; Posidonius, Pompée pour auditeur et pour patron, puis Brutus et Cicéron lui-même pour disciple et pour ami[16]. — A l'exemple de Panétius, de Dion le stoïcien, de Démétrius de Phalère, Cicéron plaça la philosophie au milieu des réalités

16 Zénon était né à Cittium, en Chypre; il forma sa célèbre école du Portique à Athènes, vers l'an 450 de Rome.

Chrysippe, dont les ouvrages exercèrent une grande influence sur les jurisconsultes romains, était né vers l'an 472, en Cilicie, à Tarse, patrie présumée de Saint-Paul. Il était réputé la *colonne* du Portique. Il mourut vers l'an 545.

Panætius, de Rhodes, enseigna à Rome, vers le milieu du vi^e^ siècle, probablement avant et depuis l'an 566, époque de la retraite de Scipion l'Africain. (*Voir les Mémoires de l'Acad. des Inscript.*, t. x; *Vie et Ouv. de Panœtius.*)

Athénodore, l'ami de Caton, était le bibliothécaire de Pergame; il n'est pas le même que l'Athénodore, précepteur et ami d'Octave.

Cicéron parle de ses relations avec Posidonius, au commencement du Traité *de Natura Deorum* (i. 3) : Et principes illi, Diodorus, Philo, Antiochus, Posidonius a quibus instituti sumus.

de la vie, et le philosophe à côté de l'homme d'état [17]. C'est ainsi que la philosophie stoïcienne, échappant à l'influence de ses erreurs métaphysiques, devint surtout une philosophie morale et sociale.

Un personnage politique (P. Scipion, le second Africain); un philosope stoïcien (Q. Tubéron); un jurisconsulte (Manilius), tels sont les interlocuteurs dans la RÉPUBLIQUE. Cicéron veut fortifier sa théorie de l'autorité et de la gloire des grands hommes du siècle précédent. — Dès le début, il combat contre les philosophes qui ne veulent pas qu'on prenne part aux affaires publiques: « On doit s'occuper des destinées et de la constitution » de la patrie, dit-il; la plus noble ambition de l'homme » est d'accroître l'héritage du genre humain [18]. »

La question fondamentale du traité de la République est de rechercher *quelle est la meilleure forme de Gouvernement*. Scipion examine les trois formes de l'État monarchique, aristocratique, populaire. Il assigne à chaque gouvernement son principe : à la monarchie, l'amour des sujets (*caritas*); à l'aristocratie, la prudence (*consilium*); à la démocratie, la liberté. — Il montre la corruption de ces formes simples dans la tyrannie, l'olygarchie, l'anarchie, avec cette pénétration dont Bossuet et Montesquieu ont seuls retrouvé la puissance; et en présence des abus inévitables qui suivent les formes simples, Scipion conclut en faveur d'une quatrième forme

17 De Leg., III. 5. 6 : Qui vero utraque re excelleret, ut et DOCTRINÆ STUDIIS ET REGENDA CIVITATE princeps esset, quis facile præter hunc (Demetrium) iuveniri potest?

Atticus répond à l'interpellation de son ami : *Peut-être un de nous trois.*

18 De Rep. I. 2 : Maxime rapimur ad opes augendas generis humani.

de République, le GOUVERNEMENT MIXTE. « La meilleure » constitution politique, dit-il, est celle qui réunit dans » une juste mesure les trois formes de Gouvernement, » et qui est tout à la fois monarchique, aristocratique » et populaire [19]. »

Mais dans l'examen et la recherche de la meilleure forme de Gouvernement, quelle est la dernière mesure d'appréciation, quel est son *criterium?* — Ici la philosophie du droit prononce : c'est le degré de justice dont chaque forme est susceptible. Or, la justice regarde en même temps les individus et la société. Elle établit, elle soutient le rapport naturel entre la société et ses membres; elle défend d'immoler les droits individuels et privés au droit public du Corps social; elle empêche la domination absolue de l'ÉTAT sur l'HOMME : QUÆ VIRTUS, PRÆTER CÆTERAS, TOTA SE AD ALIENAS UTILITATES PORRIGIT ATQUE EXPLICAT [20]; elle maintient, dans leurs rapports moralement nécessaires, les droits naturels de l'homme et les droits de la société.

Telle est la doctrine de la République de Cicéron; elle est à une distance infinie de la doctrine de Platon.—La philosophie du droit a déposé dans ce premier monument, couronné par le songe sublime de Scipion, le principe fondamental des rapports de l'homme avec la société. — Mais c'est dans le Traité DES LOIS, et par ses applications aux bases constitutives du droit et de la société, que la théorie va se dévolopper tout entière.

19 De Rep., I. 29 : Itaque, quartum quoddam genus Reipublicæ maxime probandum esse sentio, quod est ex his, quæ prima dixi, moderatum et permixtum tribus.

20 De Rep., III. 4. Fragment tiré de Nonius. (*Cic.*, t. XXIX. p. 294.)

§2. — PHILOSOPHIE DU DROIT CONSIDÉRÉE DANS SES APPLICATIONS GÉNÉRALES, D'APRÈS LE TRAITÉ DES LOIS.

Le philosophe-jurisconsulte, qui a caractérisé d'une main ferme les rapports de l'homme avec la société, va se mettre en présence de l'idée du droit et de ses grandes applications : il cherchera la racine du Droit dans la nature elle-même : REPETAM STIRPEM JURIS A NATURA[21].

La question change de face. Ce n'est plus la Forme politique, avec ses garanties dans la pondération des pouvoirs, avec son but général, la justice; c'est le fond des choses que Cicéron va interroger. — Et il ne met pas en scène, alors, un personnage imposant d'un autre siècle : c'est lui-même, homme consulaire, proclamé PÈRE DE LA PATRIE, législateur dont l'Édit plein de sagesse a ranimé la Cilicie expirante, philosophe instruit de tous les systèmes, et pénétré de la doctrine stoïcienne; c'est lui qui parle en son propre nom, et qui résout, en présence d'un frère et d'un ami, les questions les plus intimes et les plus profondes de l'ordre social[22].

Il y a deux parties dans le traité DE LEGIBUS : l'une est de doctrine philosophique, l'autre est d'application aux

21 De Leg., I. 6.

22 La date *précise* de la rédaction est incertaine; mais un point est certain : la République fut rédigée en 699; elle fut publiée au moment du départ pour la Cilicie; *les Lois* sont postérieures à la République, qu'elles rappellent expressément. En 703, dans une lettre à Atticus (VI. 1. *Supra*, p. 428. not. 14), Cicéron se dit engagé par les six premiers livres à continuer son œuvre. C'est donc après cette époque et depuis le retour de la Cilicie que les Lois ont été rédigées, vers 705, 706. — Voir la préface de M. Ch. de Rémusat, en tête de la nouvelle Traduction des Lois, dans l'édition de Cic., par M. V. Leclerc (t. 27).

lois de Rome. — Celle-ci est malheureusement très-incomplète. — Ce sont les idées philosophiques de la première que nous avons dû rechercher et constater ici.

Quatre questions sont fondamentales dans le Traité des Lois :

1° La nature de l'homme;

2° L'origine et la nature de la société;

3° L'origine et la nature de la Loi;

4° L'étendue légitime de la souveraineté du Peuple et le caractère du Pouvoir.

I. — NATURE DE L'HOMME. — La philosophie stoïcienne tire toute sa substance, toute sa force des principes de la nature[23]. Son but est d'ordonner, conformément à la nature, la vie de l'homme et de la société. La philosophie du droit, qui s'inspire du stoïcisme, doit donc premièrement interroger la nature humaine.

Seul de tous les êtres animés, dit Cicéron, l'homme a la pensée, et participe de la raison, PARTICEPS RATIONIS ET COGITATIONIS[24].

La nature a donné à l'homme des sens qui sont comme les satellites et les organes de son intelligence[25]; elle a

23 « Omnia officia a principiis naturæ proficiscuntur. » (*Cic.*, *de Finib.*, III. 7. tom. 27. p. 246.)

24 « Particeps *rationis* et *cogitationis*, quum cætera (animantium genera) sint omnia expertia. » (*De Leg.*, I. 7.)

25 Ipsum hominem eadem natura, non solum celeritate mentis ornavit, sed etiam *sensus tanquam satellites attribuit ac nuntios*. (I. 9.)

Cela rappelle la définition de M. de Bonald : « L'homme est une intelligence servie par des organes. »

déposé dans son esprit des notions primitives qui sont comme les fondements de la science[26].

L'homme tient à l'espèce mortelle, par la partie matérielle et fragile de son existence; mais son âme est engendrée de Dieu : il a donc une ressemblance avec Dieu[27].

Quoi de plus divin, non seulement dans l'homme, mais sur la terre et dans le ciel, quoi de plus divin que la raison! — Et puisque rien n'est meilleur que la raison, puisqu'elle existe et dans l'homme et dans Dieu, LA PREMIÈRE SOCIÉTÉ EST CELLE DE L'HOMME AVEC DIEU[28].

Telle est, au point de départ, la doctrine de Cicéron. La nature de l'homme est matérielle et spirituelle; par l'élément matériel, l'homme tient à la terre; par la partie spirituelle, il est en communication avec Dieu. — Il ne porte pas en lui la raison dans sa plénitude, mais il y participe; et son intelligence contient des NOTIONS PRIMITIVES, qu'Aristote regardait comme inséparables de l'intelligence elle-même[29], que Descartes appel-

26 Et rerum plurimarum obscurarum necessarias intelligentias enodavit quasi fundamenta quædam scientiæ. (*De Leg.*, I. 9.)

27 Quumque alias quibus cohærent homines, e mortali genere sumserit, quæ fragilia essent et caduca; animum tamen esse ingeneratum a Deo. — Est *igitur* homini cum Deo *similitudo*. (I. 8.)

28 Quid...... ratione *divinius?* — Quoniam nihil est ratione melius eaque et in homine et in Deo, prima hominis cum Deo *rationis societas*. (I. 7.)

La même doctrine est dans l'Essai philosophique sur le gouvernement civil, de FÉNÉLON, ouvrage posthume, tom. X, édit. 1826.

29 *C'est la fameuse proposition :* « Nihil est in intellectu quod non fuerit in sensu, NISI INTELLECTUS IPSE. »

lera un jour les *idées innées*, Kant, *des formes nécessaires*, M. de Bonald, *des vérités générales*[30], l'École actuelle, *des faits de conscience*; notions universelles et fondamentales, telles que les notions de Cause et d'Effet, de Rapport entre la cause et l'effet, de Justice, d'Infini, sans lesquelles l'intelligence ne serait pas, et par qui elle vit, elle s'exerce, elle s'élance dans le monde visible et invisible.

II. — ORIGINE ET NATURE DE LA SOCIÉTÉ. — Le grand principe de la philosophie stoïcienne, savoir, la société naturelle de l'homme avec Dieu par la raison, ne sera pas stérile sur la terre; et dans la théorie de Cicéron, DIEU sera le fondement même de la société humaine[31].

Les hommes, en effet, ne sont pas des êtres dissemblables que la nature sépare et condamne à l'isolement : la société humaine est naturelle[32]. Nulle chose sur la terre n'est aussi semblable à une autre que tous les hommes ne sont semblables entr'eux. La définition de l'homme s'applique à tous les hommes; il y a un genre humain, et non des individus isolés et dissemblables[33]; PAR LA NATURE, RIEN D'HUMAIN N'EST ÉTRANGER A

30 Recherches philosophiques sur les premiers objets de nos connaissances morales [1818].

31 Das-ne igitur hoc nobis Deorum immortalium vi, natura, ratione, potestate, mente, numine,.... naturam omnium regi? — Nam si hoc non probas, AB EO NOBIS CAUSA ORDIENDA EST POTISSIMUM. (*De Leg.*, I. 7.)

32 Quæ sit conjunctio hominum et quæ naturalis societas inter ipsos. (I. 5.)

33 Nihil est unum uni tam simile, tam par quam omnes inter nosmetipsos sumus.... nullam dissimilitudinem esse in genere. (I. 10.)

L'HOMME[34]. — Cette égalité de l'homme, à l'égard de l'homme, est fondée sur le principe divin de la raison, par laquelle nous sommes supérieurs aux animaux. Notre intelligence est diverse dans ses applications, dans son développement, dans ses doctrines; elle est égale en elle-même et par la faculté de connaître[35]. Ces notions, qui viennent de la raison commune à Dieu et à l'homme, ces notions primitives et nécessaires, qui sont imprimées dans nos âmes, sont imprimées également dans toutes les âmes: et il n'est pas un homme qui, prenant la nature pour guide, ne puisse parvenir à la vérité et à la vertu. La vérité et la vertu dérivent du même principe, la raison parfaite[36]. — La parole est leur commun interprète. La parole est diverse par l'expression, variée dans les formes du langage; mais partout elle s'accorde avec l'esprit de l'homme; et le lien de la société humaine est maintenu et fortifié par sa puissance conciliatrice[37].

Ainsi donc, la société, état naturel et nécessaire de l'homme, est fondée sur l'égalité de la nature humaine, considérée dans son principe spirituel et moral.

34 De Leg., I. 12 : Quod si, quo modo est natura, sic judicio, homines HUMANI, ut ait poeta, NIHIL A SE ALIENUM PUTARENT, coleretur jus æque ab omnibus.

35 Discendi quidem facultate par.

36 Quæque in animis imprimuntur incohatæ intelligentiæ, similiter in omnibus imprimuntur. — Le rapprochement ici est inévitable entre la pensée de Cicéron, et l'expression même de l'Évangile : Erat lux vera quæ illuminat omnem hominem venientem in hunc mundum. (I. 9.)

Nec est quisquam gentis ullius qui ducem naturam nactus ad virtutem pervenire non possit. (I. 10.) — Est virtus perfecta ratio, quod certe in natura est. (I. 16.)

37 Interpres mentis oratio, verbis discrepans, sententiis congruens... Orationis vim quæ conciliatrix est humanæ maxime societatis. (I. 9.)

Ainsi, en dernier résultat, la société humaine est vraiment fondée sur la société primitive de l'homme avec Dieu. Quelle admirable philosophie[38] !

III. — Et alors, l'origine de la LOI et du DROIT n'est pas difficile à trouver : c'est la troisième question.

La Loi, prise à sa source la plus élevée, est la raison souveraine, essentielle à Dieu, communiquée à l'intelligence de l'homme, imposée à la nature et réfléchie par elle[39]. — L'origine du Droit est dans cette Loi souveraine, qui a précédé les siècles, les lois écrites, la constitution des cités[40]. Le droit ne réside pas dans l'opinion : nous sommes nés pour la justice; le droit

38 Cette philosophie est reproduite avec les mêmes arguments dans Fénélon, *Essai sur le gouvernement civil*, ch. I. 2. 3.

Elle sert de fondement aussi aux *Recherches philosophiques* de M. de Bonald, ouvrage plein de profondeur et de clarté (1818).

39 Cette notion de la loi se déduit de plusieurs passages :

LEX EST RATIO SUMMA INSITA IN NATURA.... Eadem ratio quum est in hominis mente confirmata et confecta LEX EST.... Ea est naturæ vis; ea mens ratioque prudentis; ea juris atque injuriæ regula.(*De Leg.*, I. 6.)

Das-ne hoc nobis... Deorum immortalium vi, natura, ratione, potestate, mente, numine, sive quod est aliud verbum quo plenius significem quod volo, naturam omnium regi? — On ne peut séparer de la doctrine de Cicéron la grande définition de Montesquieu : « Les lois, » dans la signification la plus étendue, sont les rapports qui dérivent » de la nature des choses : et dans ce sens tous les êtres ont leurs » lois, la divinité a ses lois; le monde matériel a ses lois; les intelli- » gences supérieures à l'homme ont leurs lois; les bêtes ont leurs lois; » l'homme a ses lois. » — (Nous avons commenté cette définition dans notre *Cours de Droit public et administratif*, 2e édit. [1841], p. 6.)

40 A Lege ducendum est ex juris exordium...... Constituendi vero juris ab illa summa Lege capiamus exordium, quæ sæculis omnibus ante nata est, quam scripta lex ulla, aut quam omnino civitas constituta. (I. 6.)

est fondé sur la nature de l'homme et de la société[41]. — De là naît le véritable caractère des Lois écrites ou positives. Ce serait une insigne aberration de mesurer la justice de toute chose sur les institutions et les lois des peuples. Quoi? Même les lois des trente tyrans d'Athènes, même la loi qui donnait au dictateur Sylla la faculté de mettre à mort les citoyens sans forme de procès, ces lois seraient justes, parce qu'elles auraient le caractère extérieur de Lois! — Non; il n'existe qu'un SEUL DROIT qui lie la société humaine, et ce droit dérive d'une SEULE LOI, la raison elle-même (recta ratio), qui ordonne ou prohibe. Celui qui la méconnaît est injuste, que cette loi soit écrite partout ou nulle part. — Si la justice consiste dans l'obéissance aux lois écrites, aux institutions des peuples; si tout doit se rapporter au point de vue de l'*utile*, comme le soutiennent les sectes d'Epicure et d'Aristippe, qui fondent la religion sur la crainte, la loi sur l'utilité, la justice sur la coutume, l'homme, dès qu'il y verra son intérêt, devra négliger les lois ou briser leur frein : ce qui est constitué en vue de l'utilité seule, sera renversé par un intérêt contraire.

La justice n'est absolument rien, si elle n'a pas une base immuable. Si le DROIT n'est pas fondé sur la nature, toutes les vertus tombent sans appui. D'où naissent la libéralité, l'amour de la patrie, la bienfaisance, la reconnaissance? — De la nature qui nous a donné l'amour de

41 Omnium quæ in hominum doctorum disputatione versantur, nihil est profecto præstabilius quam plane intelligi, nos ad justitiam esse natos, neque *opinione*, sed *natura* constitutum esse JUS; id jam patebit, si hominum inter ipsos *societatem* conjunctionemque perpexeris. (*De Leg.*, I. 10.)

nos semblables. Mais si la nature n'est pas aussi le fondement du Droit, tout manque à la fois[42]; et non seulement les devoirs envers les hommes disparaissent, mais les devoirs envers la Divinité s'éteignent, les religions périssent, les religions qui ne doivent pas être conservées par la crainte, mais par ce lien intime et profond qui unit l'homme à Dieu[43].

IV. — La notion fondamentale de la LOI et du DROIT étant posée par la philosophie, la question de la SOUVERAINETÉ DU PEUPLE est facilement ramenée à ses véritables limites; et l'idée du POUVOIR se manifeste dans toute sa pureté.

Sans doute le peuple a sa volonté, les chefs leurs décrets, les juges leurs sentences; mais leur Pouvoir n'est pas assez grand pour changer la NATURE DES CHOSES. — Si les volontés de la multitude ou les sentences des juges fondaient le Droit, le vol serait le Droit, l'adultère serait le Droit, la supposition d'un faux testament serait le Droit, dès qu'on aurait les suffrages du peuple. Mais, si telle est l'étendue de la souveraineté du peuple, pourquoi n'ordonne-t-elle pas aussi que ce qui est mauvais et pernicieux soit tenu pour bon et salutaire? — Ou pourquoi, lorsque la loi peut de l'injustice faire le droit, ne pourrait-elle pas du mal faire le bien? — Il est évident que nous avons une RÈGLE supérieure à la vo-

42 Recte Socrates exsecrare eum solebat qui primus *utilitatem* a natura sejunxisset. (*De Leg.*, I. 12.)

43 Neque solum in homines obsequia, sed etiam in deos cæremoniæ religionesque tollentur; quas non *metu*, sed ea *conjunctione* quæ est homini cum Deo conservandas puto. (I. 15.)

Tout le ch. 15 est à peu près traduit dans notre texte.

LONTÉ POPULAIRE pour distinguer une bonne loi d'une mauvaise, c'est la nature et la raison; et par elle nous distinguons le juste de l'injuste, la vertu du vice, et les choses honnêtes du mal moral[44].

Lorsque la Loi, lorsque la Souveraineté a été reconnue dans sa nature immuable et vraie, le POUVOIR apparaît dans toute la force, dans toute la pureté de son principe. Rien n'est plus approprié au droit et à la loi que le pouvoir, POTESTAS, IMPERIUM. La famille, la cité, la nation, le genre humain, ne peuvent subsister sans lui : la nature des choses et le monde lui sont soumis, car ils obéissent à Dieu[45].

Dans la cité, le Pouvoir doit prescrire et faire exécuter ce qui est juste et utile, ce qui est conforme aux lois. Comme les lois sont au dessus du magistrat, le magistrat est au dessus de la multitude, et l'on peut dire avec vérité que le Magistrat est la loi parlante, et la Loi le magistrat muet[46]. — Il faut donc des magistrats : sans leur

44 De Leg., I. 16. Tout ce chapitre est traduit ou précisé dans le texte. Les principaux traits sont : « Quæ si tanta *potestas* est stultorum sententiis atque jussis, ut eorum suffragiis RERUM NATURA VERTATUR, cur non sanciunt ut quæ mala perniciosaque sunt, habeantur pro bonis ac salutaribus?... Atqui nos legem bonam a mala nulla alia nisi naturæ norma dividere possumus. Nec solum jus et injuria a natura dijudicantur, sed omnino omnia honesta ac turpia.... Est enim virtus perfecta ratio : quod certe in natura est.

45 Nihil tam aptum est ad jus conditionemque naturæ.... quam *imperium*, sine quo nec domus ulla, nec civitas, nec gens, nec hominum universum genus stare, nec rerum natura omnis, nec ipse mundus potest. Nam et hic Deo paret, et huic obediunt maria terræque, et hominum vita jussis supremæ legis obtemperat. (*De Leg.*, III. 1.)

46 Vere dici potest Magistratum legem esse loquentem, Legem autem mutum magistratum. (III. 1.)

prudence, leur zèle et la détermination de leurs fonctions, la cité ne peut exister. Si le droit du commandement est essentiel, le devoir de l'obéissance n'est pas moins nécessaire. Selon la pensée de Platon, ceux qui s'opposent aux magistrats sont de la race des Titans, qui s'opposaient aux Dieux. Il faut non seulement obéir aux magistrats, mais les honorer et les aimer : la modestie de l'obéissance doit répondre à la justice du pouvoir [47].

Et Cicéron, qui, par la philosophie du droit, posait ainsi les bases de la société sur des vérités immuables, avait, de plus, entrevu deux autres lois que le Christianisme seul devait développer : la LOI DE CHARITÉ, fondée sur notre parenté naturelle, et la LOI DE PERFECTIBILITÉ, fondée sur notre nature spirituelle [48].

### § 3. — ESSAI D'APPLICATION DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT AU DROIT CIVIL DE ROME.

La philosophie du droit n'était pas, chez l'orateur jurisconsulte, une science abstraite qui dût rester isolée

47 Nec vero solum ut obtemperent, obediantque magistratibus, sed etiam ut eos *colant diligantque* præscribimus. Qui modeste paret, videtur, qui aliquando imperet, dignus esse... Justa imperia sunto; iisque civis modeste ac sine recusatione parento. (*De Leg.*, III. 1. 2. 3. *passim.*)

48 Cum animus cognitis perceptisque virtutibus, societatem CARITATIS coierit cum suis, omnesque natura conjunctos suos duxerit.... Quid eo dici aut cogitari beatius ? (*De Leg.*, I. 23.)

Nunc quoniam hominem, quod principium reliquarum rerum esse voluit, generavit et ornavit Deus, perspicuum sit illud (ne omnia disserantur), IPSAM PER SE NATURAM LONGIUS PROGREDI : quæ etiam nullo docente profecta ab iis quorum, ex prima et inchoata intelligentia, genera cognovit, confirmat ipsa per se rationem, et PERFICIT. (I. 9.)

de l'application ou étrangère au droit civil; elle était puisée dans les profondeurs de DIEU, de l'HOMME, de la SOCIÉTÉ, mais pour être répandue sur le droit des Cités en général, et particulièrement sur le droit civil de Rome. C'était l'alliance du droit et de la philosophie que Cicéron avait voulu établir et cimenter étroitement. « La » nature du droit doit être expliquée par nous, disait-il; » elle doit être recherchée dans la nature de l'homme, » et nous aurons à considérer en elle-mêmes les lois par » lesquelles les cités doivent être gouvernées. — Puis » nous examinerons les lois positives, les règles écrites, » le droit civil des peuples, et spécialement le droit civil » du peuple romain[49]. » — Sa théorie philosophique devait servir de fondement au droit public et au droit privé. Son vaste plan embrassait toutes les institutions de la société[50]. —Mais un seul homme de génie et une seule époque ne pouvaient suffire à la réalisation complète de cette grande pensée.

Quant au Droit public, au moment même où la philosophie en coordonnait les principes, recommandait la nature mixte des institutions politiques et en vivifiait

49 Natura enim juris explicanda est nobis, eaque ab hominis repetenda *natura*; considerandæ leges, quibus civitates regi debeant; tum hæc *tractanda*, quæ composita sunt et descripta, jura et jussa populorum, IN QUIBUS NE NOSTRI QUIDEM POPULI LATEBUNT, quæ vocantur JURA CIVILIA. — (De Leg. 1. 5.)

50 L'auteur du Divorce et des Recherches philosophiques, M. de Bonald, inspiré par la philosophie chrétienne, dit, comme Cicéron, éclairé par la philosophie stoïcienne, « que la philosophie, en général, est la science de DIEU, de l'HOMME, de la SOCIÉTÉ. » (*Recherch. phil.*, I. 80.)

l'image dans la peinture des institutions romaines, le Droit public de la grande Cité allait mourir. Rome applaudissait, en l'année 702, au Traité de la République, où le philosophe prêtait à Scipion sa théorie sur le principe, sur la division et l'équilibre des pouvoirs; — et deux ans après, en 704, Jules César passait le Rubicon, et saisissait à Rome la dictature perpétuelle.

Quant au Droit privé, il resta imparfait sous la main du condisciple et de l'admirateur de S. Sulpicius[51]. Le Traité des Lois, dans ses détails, était un résumé de la Loi des XII Tables et du droit Prétorien, dont la perte pour nous est bien regrettable, sans doute, et qui cependant, à en juger par les fragments qui nous restent, ne portait pas, comme la partie philosophique, l'empreinte d'une œuvre originale et profonde. — Mais le Droit civil proprement dit ne périra pas avec les institutions politiques de Rome; il vivra dans la science et dans la société.

Aux temps de Cicéron, il y a deux Ecoles bien distinctes : l'Ecole du droit privé, dont S. Sulpicius est le chef, et l'Ecole philosophique, dont Cicéron lui-même est le fondateur. Les Prudents, les Consuls, les Tribuns, les Préteurs, qui avaient interprété, développé ou modifié le droit des XII Tables par le droit non-écrit, les lois, les plébiscites et les édits, avaient concouru à introduire le droit des gens dans le droit privé; c'était le grand résultat conquis par l'école de S. Sulpicius. — Cicéron osa placer la science sur une base encore plus large et plus élevée, la loi de la nature, la philosophie du droit. Il

51 Cicéron dit, en parlant de Sulpicius : In iisdem exercitationibus ineunte ætate fuimus. (*Brut.*, cap. 41.)

accueillait, il constatait avec reconnaissance l'introduction du droit des gens dans le droit civil de Rome; mais, après son Traité de la République et des Lois, il s'écriait dans les Offices : « Nous n'avons pas encore le VRAI DROIT, » nous n'en avons que l'ombre et l'image. Plût à Dieu » que nous eussions l'image réelle de ce droit, qui émane » des sources les plus pures, la nature et la vérité! — » Sed non VERI JURIS, germanæque justitiæ solidam et » expressam effigiem nullam tenemus. Umbra et imagini» bus utimur. Eas ipsas utinam sequeremur! Feruntur » enim ex optimis NATURÆ et VERITATIS exemplis[52] ! »

A chaque époque sa mission. C'était beaucoup, pour le droit prétorien et la gloire des jurisconsultes de la République, d'avoir introduit les préceptes du droit des gens dans l'unité absolue de la Loi des XII Tables, dans l'étroite enceinte de la Cité romaine, et d'avoir créé une école pratique et théorique qui avait eu des jurisconsultes tels que Caton, Scévola, Sulpicius. — C'était beaucoup aussi pour la science du juste et de l'injuste, que le génie de Cicéron eût manifesté les rapports du droit, en général, avec la philosophie stoïcienne, et fondé ainsi, sur une base immuable, la PHILOSOPHIE DU DROIT.

A une autre Époque appartiendra la gloire d'associer, de confondre les deux Écoles, de rendre leur alliance indissoluble, et de porter la science du droit civil au plus haut degré, en incorporant la philosophie du droit dans le droit lui-même.

52 De Offic., III. 17. C'est la fin du précieux passage rapporté plus haut, p. 177, sur l'introduction du droit des gens dans le droit privé. On sait que le Traité des *Devoirs* est de l'an 709, et par conséquent postérieur aux deux Traités de la *République* et des *Lois*.

# CHAPITRE VIII.

## TRANSITION A L'ÉPOQUE CELTIQUE ET A L'EPOQUE GALLO-ROMAINE.

Avant d'entrevoir l'Époque nouvelle qui se prépare pour l'histoire du droit et les destinées de la société humaine, il faut jeter les yeux sur la dernière conquête unie au territoire romain, sur la Gaule vaincue par Jules César, observée et décrite par son vainqueur. Il faut étudier, dans son organisation et ses mœurs, la Gaule barbare, et tâcher de retrouver les traits principaux, l'esprit du Droit Gallique.

L'exposé des institutions et des mœurs celtiques, qui auront à subir toute la puissance de l'action romaine, se place naturellement entre le Droit Civil de Rome, tel que nous l'avons reconnu et conduit jusqu'à la fin de la République, et le Droit romain de l'Empire, tel qu'il se développera sous l'influence successive du Stoïcisme et du Christianisme.

Quand l'Epoque celtique et l'esprit du droit qui s'y rapporté auront été mis en présence de l'Epoque romaine et du droit civil de Rome, on comprendra plus facilement comment le Droit romain, dont nous marquerons les doctrines progressives, s'est propagé si rapidement dans les Gaules; devant quels obstacles de mœurs et de coutumes il a dû cependant s'arrêter ou modifier

ses principes ; comment il s'est allié, durant l'Époque gallo-romaine, avec l'influence et la propagation du Christianisme ; quels sont enfin les vrais éléments et l'importance spéciale du Droit gallo-romain, qui exprime, dans l'histoire du droit, la réunion de deux nationalités, mais qui présente aux peuples Germaniques, s'établissant dans les Gaules, l'image de l'unité romaine.

FIN DU TOME PREMIER.

# APPENDICES.

# APPENDICES.

## APPENDICE I.

### EXAMEN DES OPINIONS DE NIEBUHR ET DE M. ORTOLAN SUR LA GENS ET LE DROIT DE GENTILITÉ.

(Voir ci-dessus chap. IV. sect. II. n°s V-VIII. p. 78-83—101-103.)

I. — D'après la Loi des XII Tables, la GENS et le DROIT DE GENTILITÉ appartenaient-ils exclusivement à la Classe patricienne?[1]

Cette première question nous met en présence du système de Vico, et de Niebuhr, surtout, qui l'a renouvelé et grandement développé.

Dans les fragments de la Loi des XII Tables, les GENTILS sont placés immédiatement après les AGNATS : soit comme héritiers et tuteurs légitimes, soit comme curateurs des furieux et des prodigues, les gentils sont appelés à défaut des agnats.

L'agnation et la gentilité, qui cessaient par la petite di-

1 Nous reproduisons ici, mais avec d'importantes modifications, une partie du travail inséré, en 1841, sur le droit de Gentilité, dans la Revue Bretonne de Droit et de Jurisprudence (tom. III).

minution de tête, à la différence de la cognation ou parenté naturelle, formaient *une parenté civile*, une source de droits dans la constitution de la *famille romaine*. L'agnation existait dans les familles plébéiennes ; pourquoi la gentilité, qui venait après elle et à son défaut pour l'hérédité, la tutelle et la curatelle légitimes, n'aurait-elle pas existé aussi à l'égard de ces familles? La Loi des XII Tables ne faisait aucune distinction entre les familles plébéiennes et patriciennes, et les deux institutions attachées à la famille civile devaient se rapporter aux unes et aux autres; aussi Vico, dont l'esprit systématique acceptait tous les corollaires d'un principe posé, Vico, en refusant la *gens* aux plébéiens, leur refusait également l'agnation entr'eux et même le *connubium!* Il était conséquent avec lui-même et avec l'ordre logique des idées. Il faut, en effet, ou les admettre ou les rejeter ensemble à l'égard des plébéiens; car la Loi des XII Tables ne fait ni ne permet la distinction. L'erreur de Vico, dans tout son système sur les origines romaines, c'est de n'avoir vu qu'une classe aristocratique, où il y avait d'abord une institution prédominante, la CITÉ. Chaque classe de citoyens, par le principe d'unité qui faisait le fond de la CITÉ, avait les mêmes droits, bien que les deux classes patriciennes et plébéiennes ne pussent pas les avoir entr'elles, pendant la première période de l'histoire du Droit civil de Rome.

En se plaçant dans le droit des XII Tables et au sein de la distinction des deux Classes, rien n'autorise donc à conclure que les plébéiens ne pussent pas avoir la *gens* et la gentilité. Il faut conclure, au contraire, que les plébéiens entr'eux avaient ce droit, lorsque leurs familles étaient d'une origine toujours *ingénue*. C'est l'*ingénuité*, ainsi que nous l'avons constaté dans ce Livre, et non la noblesse patricienne qui formait la condition nécessaire de la *gens* : la définition des *gentiles*, donnée par Cicéron comme définition complète, le

démontre; nous la rappellerons ici : « *Gentiles qui inter se* » *eodem nomine sunt; qui ab ingenuis oriundi sunt; quo-* » *rum majorum nemo servitutem servivit; qui capite non* » *sunt deminuti.* » (TOPIC. VI.)

Niebuhr, pour établir que les *gentes* étaient purement patriciennes, se fonde sur des textes de Tite-Live et d'Aulu-Gelle. — Aulu-Gelle est plus éloigné des XII Tables que Cicéron, qui avait pour cette première source du droit civil un culte respectueux, et qui certes n'a pas dû s'en écarter dans sa définition des *gentiles*, adressée à un jurisconsulte. Au surplus le texte, principalement emprunté à Aulu-Gelle, est celui-ci : « Plebs dicitur in quà *gentes patriciæ* non insunt [2]. » — Mais si l'institution de la *gens* était une institution exclusivement patricienne, pourquoi le jurisconsulte, dont Aulu-Gelle empruntait le personnage, disait-il *gentes patriciæ?* Il suffisait de dire *gentes* : et si l'écrivain a dit *gentes patriciæ*, n'est-ce pas indiquer qu'il y avait aussi des *gentes* plébéiennes?

Le savant Niebuhr reconnaît qu'en effet il y avait à Rome des *gentes* plébéiennes et patriciennes ; mais il suppose que c'est à une époque postérieure à la Loi des XII Tables, et que cette participation des plébéiens au droit de la *gens* est née de l'établissement du *connubium* entre les patriciens et les plébéiens. — Niebuhr et ceux qui ont soutenu cette opinion avec lui, ne se sont pas rendu compte de l'effet de ces alliances. La gentilité était fondée sur la parenté civile du côté paternel, et c'était par les personnes du sexe masculin que la gentilité s'établissait et se continuait [3]. Le patricien

2 Aulu-Gell., x. 20. — Aulu-Gelle vivait dans le second siècle de l'Empire.

3 Varro, de Ling. lat., VIII. § 4 : « Ut in *hominibus* quædam sunt » agnationes et gentilitates, sic in verbis : Ut enim ab *Æmilio homines* » *orti, Æmilii ac gentiles;* sic ab Æmilii nomine declinatæ voces in » gentilitate nominali...... et sic reliqua, ejusdem quæ sunt stirpis. »

qui se serait uni à une femme, d'une autre origine, ne communiquait pas à la famille plébéienne le droit de *gens*, puisque la femme sortait de sa propre famille par l'effet du mariage; de même, le plébéien qui se mariait à une femme patricienne n'entrait pas dans la famille de celle-ci, et ne pouvait par conséquent entrer dans la *gens*, et participer au droit de gentilité. Si donc il y avait des *gentes* plébéiennes, comme on est obligé de le reconnaître, c'est qu'elles existaient par elles-mêmes et dès les premiers temps.

Le principal texte de Tite-Live que l'on oppose est le *vos solos gentem habere*, que l'historien met dans la bouche de Decius Mus luttant contre les patriciens, en 453, pour obtenir que les plébéiens fussent admis au partage du pontificat. — En lisant ce discours avec attention, on voit que l'orateur plébéien n'affirme pas l'existence du droit de *gens* comme une institution spéciale aux patriciens, mais qu'il rappelle seulement une des prétentions orgueilleuses du patriciat, dans la lutte engagée contre les plébéiens [1] : « Toujours on entend les mêmes choses, dit Decius; qu'à vous » seuls appartiennent les auspices; que seuls vous avez une » race *(gentem)*; que seuls vous avez des titres légitimes à » commander, sous vos propres auspices, dans la paix et » dans la guerre. Cependant, jusqu'ici le plébéien n'a pas » commandé avec moins de succès que le patricien, et il en » sera toujours ainsi. Eh quoi ! ne savez-vous pas, au surplus, » que les premiers patriciens n'étaient pas descendus du

1 Tit.-Liv., lib. x. cap. 8 : « Semper ista audita sunt eadem, penes » vos auspicia esse, *vos solos gentem habere*, vos solos justum imperium » et auspicium domi militiæque. Æque adhuc prosperum plebeium ac » patricium fuit, porroque erit. En unquam fando audistis, patricios » primo esse factos, non de cœlo demissos, sed qui patrem ciere pos» sent : id est, nihil ultra quam ingenuos? Consulem jam patrem ciere » possum, avumque jam poterit filius meus ! »

» ciel; mais qu'on choisit pour tels ceux qui avaient pu
» nommer leur père, c'est-à-dire, et rien de plus, des ci-
» toyens *d'origine ingénue, id est nihil ultra quam inge-*
» *nuos?* Eh bien, moi, je puis déjà citer pour père un consul,
» et bientôt mon fils pourra citer un consul pour aïeul [5]! »

Ainsi, Decius Mus, pour réfuter la prétention des patriciens, va jusqu'à dire que le patriciat lui-même n'a d'autre origine que l'*ingénuité*, et rapproche, par conséquent, du patriciat les familles plébéiennes, qui ont toujours conservé l'ingénuité primitive. — Ce passage de Tite-Live ne prouve pas que la *gens* était exclusivement patricienne, mais que les patriciens parlaient orgueilleusement de leur race, de leurs aïeux. Niebuhr, pour appuyer son système, pour créer un principe absolu de droit public et civil, force évidemment le sens d'un discours non spécial sur la question des *gentes patriciennes;* et cependant il écarte dédaigneusement l'autorité de l'historien, quand elle est directement contraire à sa théorie sur les *gentes!* Lorsqu'il s'agit du vote dans les anciens Comices par Curies, Tite-Live dit positivement que le vote était par *tête* de citoyens; mais ceci renverserait tout le système du savant étranger, et Niebuhr dit hardiment que Tite-Live se trompe et que le vote se faisait par *Gens*.

Nous pensons donc que l'hypothèse de Niebuhr est inadmissible. Ses rapprochements des *gentes* romaines avec celles de la Grèce ne peuvent détruire les preuves fournies par les fragments des XII Tables et par la définition de Cicéron, sur l'application du droit de gentilité aux familles plébéiennes comme aux familles patriciennes.

5 Ce dernier passage prouve que, par *gentem*, Tite-Live entendait réellement des aïeux, comme on l'a traduit dans la collection de M. Nisard (I. p. 445); car Décius oppose son fils, qui pourra citer un aïeul consul, à ceux qui citent leur *gens*, leurs aïeux.

Il faut, du reste, se rappeler qu'anciennement, à Rome, des familles plébéiennes avaient pris une grande importance. Les cent sénateurs nommés par Tarquin l'Ancien, et dont les descendants étaient appelés *patricii minorum gentium*, avaient été choisis, selon toute probabilité, parmi les principaux plébéiens[6].—Les sénateurs nommés par le consul J. Brutus, après l'expulsion des rois, et appelés *patres conscripti*, furent choisis aussi dans des familles plébéiennes. Les plébéiens avaient fait la révolution tribunitienne [260], et parmi les Décemvirs de la deuxième année, élus pour réviser et achever la Loi des XII Tables, il y avait des plébéiens que les Comices par Centuries avaient donnés pour collègues au patricien Appius Claudius. Comment donc les familles plébéiennes, d'origine ingénue, n'auraient-elles pas aussi tenu à la conservation et à l'honneur de leur race?

Quant à ce fait incontestable que certaines GENTES renfermaient à la fois des familles patriciennes et des familles plébéiennes, comme la GENS CLAUDIA, qui contenait les MARCELLUS de plébéienne origine, il s'explique, non par des mésalliances, comme Niebuhr l'avait prétendu, mais par l'adrogation qui faisait entrer toute une famille, père, mère, enfants, sous la puissance et dans la famille de l'adrogeant. C'était une adoption politique, et celle pour laquelle le droit civil de Rome avait requis, en conséquence, le concours des Comices par Curies.

Nous nous réunissons donc à M. Ortolan pour repousser la doctrine de Niebuhr sur la GENS, et avec lui nous regardons l'INGÉNUITÉ comme le principe certain de la Gens romaine et la cause du Droit de Gentilité. Il est de toute justice de le reconnaître, au surplus; M. Ortolan est le premier qui

6 Tit.-Liv., I. 35 : Nec minus regni sui firmandi, quam augendæ Reipublicæ memor, centum in Patres legit; qui deinde *minorum gentium* sunt appellati.

ait fait ressortir ce caractère essentiel de la gens, et qui ait mis vraiment en lumière un élément jusqu'alors négligé ou laissé dans l'ombre [7]. — Mais nous ne pouvons admettre l'avis que l'auteur du *Commentaire historique des Institutes* propose à la place de celui de Niebuhr.

II. — Cette seconde opinion est que la Gens et le Droit de gentilité appartenaient exclusivement aux patrons et aux familles affranchissantes, par rapport aux enfants et descendants d'affranchis : — opinion qui réduirait à bien peu de chose un élément général de la famille romaine.

Nous croyons que la vérité est entre les deux systèmes trop exclusifs de Niebuhr et de l'auteur français.

Dans notre exposé sur la constitution de la famille romaine, nous avons démontré, par des textes précis d'Ulpien et de Paul, quelle était la véritable différence qui existait entre l'agnation et la gentilité ; différence caractérisée surtout par le principe que l'agnation liait tous ceux qui avaient été ou qui auraient pu être placés sous la puissance d'un même chef de famille, QUI SUB UNIUS POTESTATE FUERUNT. Or, le système très-ingénieux de M. Ortolan repose sur ce point fondamental, savoir : « que les membres de la famille per» pétuellement ingénue *sont à la fois, entre eux, agnats et* » *gentils* [8]; » proposition qui n'est pas seulement inconciliable avec le principe de Paul et d'Ulpien ; mais qui contredit aussi le texte formel de la Loi des XII Tables, n'admettant les gentils à l'hérédité qu'à défaut des agnats, SI ADGNATUS NEC ESCIT GENTILIS FAMILIAM NANCITOR. — Si les membres de la famille étaient *à la fois, entre eux, agnats et gentils*, ainsi que le dit l'auteur, la Loi n'aurait pu évidemment les diviser en deux ordres d'héritiers tout-à-fait distincts. L'identité de

7 Revue de législation, tom. XI. p. 260 et suiv.
8 Revue de législation, tom. XI. p. 265, et Instit. III. 2. p. 623.

l'agnation avec la gentilité nous paraît donc répugner complètement aux notions que les monuments et la doctrine des jurisconsultes nous ont transmises sur les agnats et les gentils.

Après avoir identifié l'agnation avec la gentilité, par rapport aux familles ingénues, M. Ortolan transforme en *droit de gentilité* le prétendu droit du patron et de ses descendants sur la succession des enfants et descendants d'affranchis. « Quant à l'*affranchi*, dit l'auteur, il y a pour le patron et » sa famille *successibilité par droit de patronage;* — quant » aux *enfants de l'affranchi* et tous leurs descendants, suc» cessibilité *par droit de gentilité*[9]. »

Examinons donc comment ce qui est droit de patronage à l'égard de l'affranchi, pourra devenir droit de gentilité à l'égard des enfants de l'affranchi.

Le patron et ses descendants ont, d'après la Loi des XII Tables, des droits d'hérédité à l'égard des affranchis décédés sans héritiers-siens et sans testament. — Quelle est la nature de ces droits? Ils sont assimilés à l'hérédité et à la tutelle des agnats. Gaius atteste clairement cette assimilation, et Vinnius l'explique ainsi : « La Loi des XII Tables, dit-il, n'a pas voulu donner d'autre droit au patron que *le droit des agnats*, qui sont appelés, après les héritiers-siens, à la succession de l'*intestat*, et qui peuvent être omis dans le testament du défunt[10]. » — Dans la transmission légitime des droits

9 Revue de législation, tom. XI. p. 271-272, et Instit. III. 2. p. 627.

10 Gaius, I. § 165 : Eo enim ipso quod hereditates libertorum si intestati decessissent, jusserat LEX ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere : quum et *agnatos* quos ad hæreditatem vocavit, eosdem et tutores esse jusserat.

Vinnius, Inst., III. 8. 1. Comm. : Hinc vero apparet, Legem non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum, qui et ipsi ab intestato post *suos heredes* vocantur, et *testamento* præteriri possunt.

du patron à ses enfants ou descendants à l'égard de l'affranchi, il n'y avait donc que la continuation du droit de patronage et de l'espèce d'agnation qui s'y rattachait.

Il y a même ici ce point notable, que les descendants du patron, *liberi*, dit Gaius, étaient appelés par la Loi des XII Tables, à la succession de l'affranchi, mais non les parents du patron, ni les agnats, ni les gentils. Les droits de patronage, d'après la loi civile, n'existaient que dans la ligne descendante du patron à l'égard de l'affranchi, lorsque celui-ci mourait sans héritiers-siens et sans testament. C'est le préteur seul qui, plus tard, donna la possession de biens aux parents, aux agnats et cognats du patron [11]. Ainsi la Loi des XII Tables concentrait tous les droits de patronage dans la personne du patron et de ses descendants, à l'égard de la personne et des biens de l'affranchi.

Mais qu'arrivera-t-il, sous l'empire de cette Loi, s'il s'agit de la succession *des enfants ou descendants* de l'affranchi, et non plus de l'affranchi lui-même? Ici la condition des personnes change complètement. Le fils de l'affranchi n'est pas un affranchi, il est INGÉNU, et par conséquent sa succession est réglée, non par le droit spécial aux patrons à l'égard des affranchis, mais par le droit commun de l'hérédité des ingénus. — M. Ortolan suppose que les patrons et leurs descendants auraient, à raison de l'affranchissement primitif, des droits héréditaires sur les biens des enfants ou descendants d'affranchis, et il les qualifie *droits de gentilité*; mais rien, dans la Jurisprudence romaine, n'établit l'existence de ces prétendus droits de succession et d'une dérogation au bénéfice de l'ingénuité, Pour expliquer la GENS et le droit de

11 Inst., III. 9. 3 : *Sexto.* Patrono et patronæ, liberisque eorum et parentibus..... *Octavo*..... cognatis manumissoris.

GENTILITÉ, selon ses idées, l'auteur est obligé de commencer par une pure et simple hypothèse. (*Comm. Inst., p.* 607.)

Admettons, pour un instant, que des droits eussent existé sur les biens des descendants d'affranchis. Quel aurait pu être logiquement leur caractère? — Les droits du patron et de ses enfants n'auraient pu être que la continuation du droit de patronage et de l'agnation fictive attachée à ce patronage. Mais la transformation, dans la même ligne, de l'agnation en gentilité aurait été impossible. En effet, la Loi des XII Tables a fait des agnats et des gentils deux ordres distincts d'héritiers; quand le premier degré de l'agnation n'existe pas, l'hérédité est déférée au second : le droit d'agnation pouvait même s'étendre jusqu'au dixième degré, et ce n'était qu'à défaut d'héritiers dans cet ordre, et par conséquent à défaut du dixième degré, que les gentils étaient appelés à succéder, comme formant un autre ordre d'héritiers. Dans l'hypothèse que nous examinons, il n'y a pas changement de ligne, il n'y a pas épuisement du dixième degré de l'agnation en la descendance respective du patron et de l'affranchi; il y a seulement quelques degrés de plus; que dis-je? Un degré unique, s'il s'agit des fils de l'affranchi; et l'ordre d'hérédité cependant serait changé! — Si le patron succède à l'affranchi, c'est droit de patronage, dit l'auteur; si le patron succède au fils de l'affranchi, ce sera droit de gentilité! Un changement de degré sans changement de ligne suffira pour constituer un nouvel ordre d'hérédité! — Cela nous paraît inadmissible, et tout-à-fait contraire à l'esprit du droit civil sur la constitution de la famille romaine. Dans la ligne directe descendante, les droits comme les prohibitions s'étendent, sans changer de nature, *ad infinitum;* dans la ligne transversale de l'agnation, les degrés de successibilité s'étendent, d'après les XII Tables, jusqu'au dixième degré, et c'est à défaut de cette ligne transversale d'agnation

jusqu'au dixième degré que la loi s'adresse à un autre ordre d'héritiers, les gentils; c'est-à-dire à une autre ligne transversale qui se rattache à un ancêtre plus éloigné dans la série antique des générations; comme nous l'avons prouvé dans notre chapitre *sur la constitution de la famille romaine*, et comme nous le rendrons sensible à l'œil même par le Tableau qui terminera cette discussion.

Une considération qui se place en dehors du droit des XII Tables nous paraît encore décisive à ce sujet.

Le droit de gentilité est tombé en désuétude vers les premiers temps de l'Empire, lorsque les branches des familles s'étant indéfiniment multipliées, il était devenu difficile de suivre une race dans ses ramifications, en tenant compte des petites diminutions de tête et des affranchissements. La complication des familles et de leurs dérivés a dû faire abandonner le droit de gentilité, surtout depuis que le Préteur accordait la possession de biens aux cognats; la succession prétorienne des COGNATS a remplacé tout naturellement la succession civile des GENTILS. Mais si le droit de gentilité avait été seulement la continuation du droit de patronage sur les enfants et descendants d'affranchis; s'il n'avait été, en définitive, que le droit de successibilité à l'égard *des descendants* d'affranchis, ce droit ne serait pas tombé en désuétude avant Gaius; car les droits des patrons et de leurs familles se sont accrus, au lieu de diminuer, par les Sénatus-consultes et les Constitutions des princes. Certes, les familles des patrons auraient été trop intéressées au maintien d'un droit de *gentilité* identique au droit de *successibilité*, pour que ce droit eût été abandonné, par désuétude, vers le deuxième siècle. — C'est la *gens* antique, et non la famille affranchissante, qui a disparu du droit civil. Ce qu'on appelait *gens* dans les anciens temps a été compris sous le nom générique de famille.

Ainsi Ulpien dit : « Item appellatur *familia* plurium per-
» sonarum quæ ab *ejusdem ultimi genitoris sanguine profi-
» ciscuntur* : sicuti dicimus familiam Juliam, quasi à fonte
» quodam memoriæ. » (Ulp., D., de verb. sig. 195, § 4.)

En dernière analyse, sur les deux points traités dans cette dissertation, nous pensons 1° que la vérité n'est point dans le système de Vico et de Nieburh, sur le caractère exclusif des *gentes* patriciennes ; 2° qu'elle n'est pas davantage, soit dans la confusion du droit de gentilité avec le droit d'agnation, soit dans l'absorption du droit de gentilité au profit de la famille affranchissante, selon le Commentaire historique des Institutes.

III. — La vérité, telle qu'elle nous apparaît d'après les fragments de la Loi des XII Tables, les monuments de l'antiquité, la définition des *gentiles* et divers autres passages de Cicéron, peut se résumer dans les résultats suivants :

1° Sous la Loi des XII Tables, rien n'autorise à regarder le droit de gentilité comme l'attribut exclusif des familles patriciennes, bien que les *gentes* patriciennes dussent être plus nombreuses et plus importantes que les gentes plébéiennes.

2° La Loi des XII Tables ayant prohibé le *connubium* entre les patriciens et les plébéiens, par tradition des mœurs aristocratiques, le droit de gentilité ne pouvait pas exister des familles patriciennes aux familles plébéiennes, comme effet d'alliances ou de *mésalliances* par mariage, mais seulement par l'effet de l'*adrogation*.

3° La *gens* ou *genus* était, dans la constitution de la famille romaine, la race générique qui comprenait, sous une origine perpétuellement ingénue et sous un nom commun, les familles dérivées, lesquelles étaient différentes par leur surnom et leur agnation spéciale (sui similes *communione* quadam, *specie* differentes).

4° L'*agnation* proprement dite et la *gentilité* se distinguaient, dans l'ensemble de la famille romaine, et pour les droits à elles respectivement attribués, par la *possibilité* ou l'*impossibilité* d'une soumission commune à la *puissance* du *même chef de famille*.

5° Dans le Droit des XII Tables, les *gentiles* étaient toujours appelés à défaut des agnats pour l'hérédité, la tutelle, la curatelle légitimes, sans distinction entre les familles patriciennes ou plébéiennes, sans aucune mention des familles affranchissantes.

6° Les affranchis n'avaient point de race; ils étaient *sine gente;* ils ne participaient en aucune manière, ni activement ni passivement, au droit de gentilité.

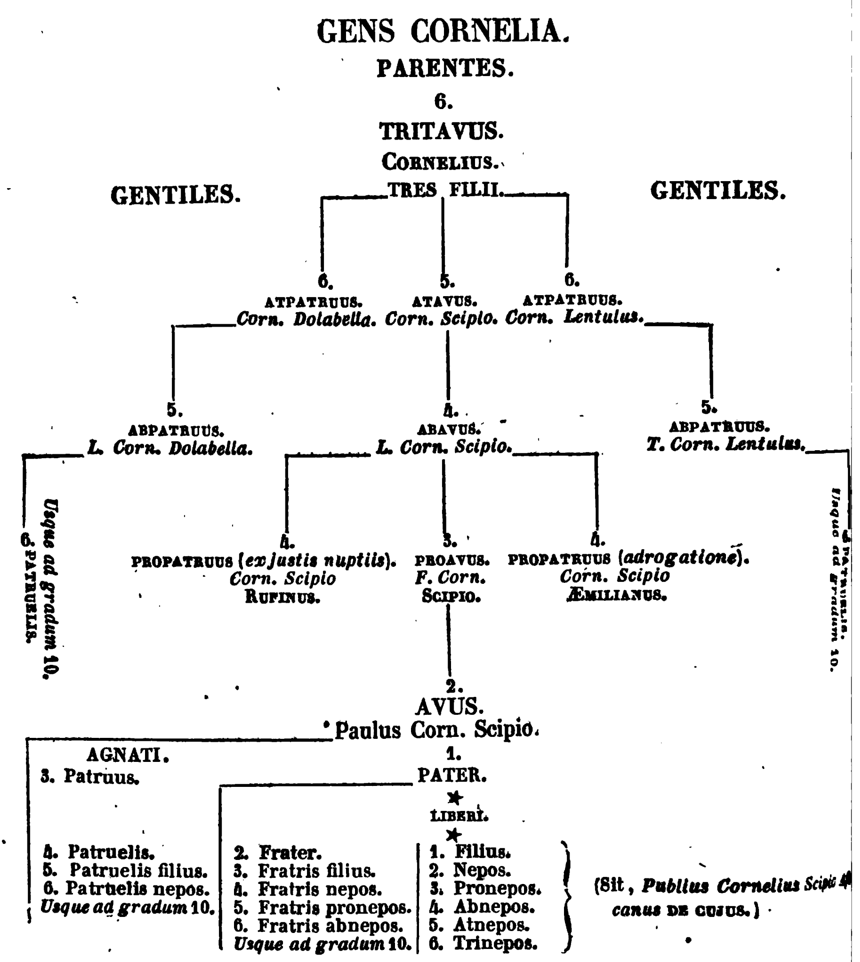
7° Le patron et ses descendants n'avaient aucun droit sur les biens des *enfants* et *descendants* d'affranchis; s'ils avaient eu un droit, celui-ci n'aurait pu être que la continuation du droit de patronage. Mais l'existence même de ce droit et sa transformation en droit de gentilité, sont une double hypothèse non conforme au principe de la Jurisprudence sur la constitution de la famille romaine et des différents ordres d'hérédité [12].

(Pour rendre plus sensibles la constitution de la famille roromaine et la différence qui existait entre l'agnation et la gentilité, nous avons dressé le Tableau suivant, qui se rapporte à celui déjà inséré p. 76, et à l'explication donnée p. 79 et 80.)

12 Nous avons cru devoir donner à notre opinion quelque développement, parce que le système de M. Ortolan a convaincu, par l'habileté de son exposition, plusieurs personnes très-éclairées. Ainsi, tout récemment encore, M. TAULIER (professeur à la Faculté de Grenoble), dans la dissertation historique et philosophique sur les successions, qui ouvre son troisième volume de la THÉORIE RAISONNÉE DU CODE CIVIL, a embrassé et appuyé de l'autorité de son talent l'opinion que nous venons de combattre.

# IV. — TABLEAU DE LA FAMILLE ROMAINE

*Pour indiquer la distinction entre l'*AGNATION *et la* GENTILITÉ.




Si l'aïeul (Paulus Corn. Scipio) vivait, tous ceux qui seraient au dessous de lui seraient sous puissance ; mais si tous ceux venant du père, du frère, de l'oncle sont décédés, quand mou[rra] celui *de cujus*, les AGNATS manqueront, et la succèssion remontera aux GENTILS, les plus pro[ches] en degré, soit par l'ancêtre auquel se rattachera leur ligne transversale, soit par la numéra[tion] même des degrés de génération. SI ADGNATUS NEC ESCIT, GENTILIS FAMILIAM NANCITOR.

# APPENDICE II.

## PARALLÉLISME DU DROIT PRÉTORIEN AVEC LE DROIT CIVIL, PAR RAPPORT AUX SUCCESSIONS, DANS L'ORDRE SECONDAIRE DE LA FAMILLE ROMAINE.

(Voir chap. v. sect. II. § 2. n° IV. p. 251-258.)

Nous avons suivi, dans le corps de cet ouvrage, le parallélisme du droit prétorien avec le droit civil, quant à l'ordre principal de la famille romaine; nous allons le suivre ici quant à l'ordre accessoire ou secondaire.

Dans l'ordre principal de la famille, le Droit prétorien agit sur les successions relativement aux héritiers-siens, aux agnats, aux gentils, aux droits des femmes. Dans l'ordre accessoire, il agit relativement aux esclaves affranchis, aux enfants émancipés, aux enfants *in mancipio*. — Nous mentionnerons, de plus, le droit de Justinien à cet égard, et donnerons le tableau comparatif des *possessions de biens* selon la méthode ordinaire et selon notre division.

I. — PAR RAPPORT AUX AFFRANCHIS. — Le droit des XII Tables n'accordait l'hérédité légitime aux patrons et à leurs descendants que si l'affranchi décédait sans *héritiers-siens* et sans *testament*. — Le Droit prétorien accorda la possession *contra Tabulas* au patron omis dans le testament ou inscrit pour une portion moindre que la moitié des biens; et il accorda la possession *ab intestato* pour la moitié, si l'affranchi ne laissait comme héritier-sien qu'un enfant adoptif ou la femme placée *in manu mariti*[1]. Dans les temps primitifs de

1 Inst. Just. III. 8, de Succ. Libert. 1.

l'institution prétorienne, c'était une application, modifiée en faveur des patrons, de l'interdit UNDE LEGITIMI. Mais la faculté de succéder selon l'édit prétorien, accordée aux patrons, homme ou femme, et à leurs descendants, fut accordée par innovation à leurs ascendants, et dès lors ce fut la possession de biens UNDE PATRONI, PATRONÆ, LIBERI et PARENTES EORUM[2].

Le droit de patronage, sur l'hérédité des affranchis morts sans testament, fut même étendu (comme on l'a vu dans la dissertation précédente), aux agnats du patron, qui étaient supposés les agnats de l'affranchi, *quasi agnati* : c'était la possession de biens, TANQUAM EX FAMILIA.

Bien plus encore : lorsque le préteur créa la possession de biens en faveur des cognats dans la famille paternelle et maternelle, selon les liens du sang, et substitua ainsi la succession prétorienne, *unde cognati*, à l'ancienne hérédité des *gentiles*, tombée en désuétude, le préteur accorda la possession de biens sur la succession de l'affranchi aux cognats du patron. C'était une des applications de la possession de biens UNDE COGNATI MANUMISSORIS.

Le Préteur avait ainsi réglé la succession des affranchis sur le modèle de l'Edit relatif aux successions des ingénus[3]. — La possession UNDE VIR ET UXOR y était même transportée; mais cependant avec cette modification toute d'équité, qu'au lieu d'être la dernière, elle était préférée à la possession des *cognati manumissoris*.

II. — PAR RAPPORT AUX ENFANTS ÉMANCIPÉS. — D'après la Loi des XII Tables, le droit du père émancipateur était assimilé au droit du patron relativement oux affranchis; le Droit prétorien suivit cette assimilation; et l'édit donna au

2 Inst. Just., III. 10. 1 et 2.

3 Baccovius avait émis cette conjecture, qui fut approuvée par Vinnius, et qui est la seule explication claire qui ait été donnée. (*Vinn.*, *Inst.*, III. 10. 1.)

père, à l'aïeul ou bisaïeul, émancipateur, contre le testament de l'émancipé, la même possession de biens qu'aux patrons sur les biens de l'affranchi, EXEMPLO PATRONI[4]. — Toutefois, l'assimilation n'allait pas plus loin : les enfants de l'émancipateur n'avaient point la possession *contra Tabulas*; car l'homme ingénu, dit Gaius, n'aurait pas pu être privé, sans injustice, de la disposition de sa chose[5].

III. — PAR RAPPORT AUX ENFANTS IN MANCIPIO. — Selon la Loi des XII Tables, le droit de patronage appartenait à l'étranger qui, après les trois ventes faites par le père sans fiducie, avait affranchi le fils ainsi placé *in mancipio* : c'était le manumisseur étranger qui, alors, pouvait recueillir les biens par droit de patronage. Mais l'Edit du Préteur appelait successivement les dix personnes dont les liens du sang avec le fils affranchi lui paraissaient un titre préférable à la qualité du *manumissor extraneus*. C'était la possession UNDE DECEM PERSONÆ; et dans les dix personnes, le père ou la mère, l'aieul ou l'aïeule, paternels et maternels, le fils ou la fille, le petit-fils ou la petite-fille, le frère et la sœur, consanguins ou utérins, sans distinction de sexe ni de ligne, étaient appelés à la succession prétorienne.

4 D., XXXVII. 12. 1 (*Ulp.*) *Si a parente quis manumissus sit.* Emancipatus a parente in ea causa est, ut in contra Tabulas bonorum possessione liberti patiatur exitum; quod *æquissimum Prætori* visum est, quia a parente beneficium habuit bonorum quærendorum..... Et ideo itum est in hoc, ut *parens exempló patroni* ad contra Tabulas bonorum possessionem admittatur.... § 2 : quia perinde defert Prætor bonorum possessionem atque si ex servitute manumissus esset.

5 Liberos autem manumissoris non venire ad *contra Tabulas* possessionem filii constat, quamvis patroni veniant. (*Id. ibid.*, L. I. § 5.)

Non usque adeo exæquandus est patrono parens, ut etiam Faviana aut Calvisiana actio ei detur, QUIA INIQUUM EST INGENUIS HOMINIBUS NON ESSE LIBERAM RERUM SUARUM ALIENATIONEM. (*Id. ibid.*, *L.* 2. *Gaius*, *in Edict. provinc.*)

Si, malgré la multiplicité des cas prévus, l'application de la possession de biens n'était pas possible, il y avait DÉSHÉRENCE, et occupation des biens par le Trésor public [6].

Le système des Possessions de biens fut étendu aux provinces par l'édit des préteurs et des proconsuls; il devint une des parties ordinaires du Droit provincial [7].

L'ordre suivi par Justinien dans l'exposition des successions prétoriennes (Instit. liv. III) n'est pas rigoureusement exact dans toutes ses parties; Vinnius ne s'y était pas asservi. La distinction faite par nous entre la famille *principale* et la famille *accessoire* nous paraît devoir jeter la lumière sur une matière obscure. Voici, au surplus, le tableau comparatif suivant Justinien et suivant notre classification :

| ORDRE INDIQUÉ PAR JUSTINIEN, applicable à la Famille en général. | ORDRE CONFORME A NOTRE DISTINCTION : 1° La Famille *principale*; 2° La Famille *accessoire*. |
|---|---|
| 1. UNDE LIBERI. | § 1. — *Famille principale :* |
| 2. UNDE LEGITIMI. | 1. UNDE LIBERI. |
| 3. UNDE DECEM PERSONÆ. | 2. UNDE LEGITIMI. |
| 4. UNDE COGNATI. | 3. UNDE COGNATI. |
| 5. TANQUAM EX FAMILIA. | 4. UNDE VIR ET UXOR. |
| 6. UNDE PATRONI ET PATRONÆ, ETC. | § 2. — *Famille accessoire :* |
| 7. UNDE VIR ET UXOR. | 1. UNDE PATRONI, ETC. |
| 8. UNDE COGNATI MANUMISSORIS. | 2. TANQUAM EX FAMILIA. |
| | 3. UNDE VIR ET UXOR. |
| | 4. UNDE COGNATI MANUMISSORIS. |
| | 5. Possessio contra Tabulas emancipati, PARENTI, EXEMPLO PATRONI. |
| | 6. UNDE DECEM PERSONÆ. |

Justinien a supprimé les possessions comprises sous le § 2; dès lors tout est rentré dans l'ordre des successions du § 1er.

6 L. unic., Cod. Just., UNDE VIR ET UXOR, VI. 18.

7 Cic., in Verr., I. 41. Epist. ad Att., VI. 1.

# APPENDICE III.

## CARACTÈRE POLITIQUE ET MORAL DE LA LOI CINCIA.

(Voir chap. v. sect. II. § 2. n° 1. p. 241-243.)

Nous nous sommes occupé de la Loi Cincia, en la considérant dans ses rapports avec le Droit privé, et les garanties données à la famille contre les libéralités des citoyens. — Nous voulons ici rechercher quel pouvait être le caractère moral et politique de cette Loi.

La loi CINCIA DE DONIS ET MUNERIBUS, de l'an 550 de Rome, avait deux objets principaux; mais tous les deux, à notre sens, se rattachaient plus ou moins directement à l'ordre politique.

I. — Son premier objet était de prohiber les dons ou présents des clients envers les patrons et envers les orateurs ou avocats qui avaient défendu leur cause. La loi venait au secours des clients, épuisés d'argent par l'exigence des patriciens qui leur imposaient des présents dispendieux. Elle fut rendue, dix ans après la loi Oppia, contre le luxe des femmes; et Caton le censeur, rigide défenseur de la loi Oppia, ne craignait pas de dire du haut de la tribune aux harangues : « Pourquoi la loi Cincia a-t-elle prohibé les dons et » les cadeaux? — Parce que le sénat s'habituait à lever des » impôts et des tributs sur le peuple[1]. » C'était donc vraiment

1 Tit. Liv., XXXIV. 4. Catonis oratio [570.] « Quid legem Cinciam de donis et muneribus, nisi quia vectigalis jam et stipendiaria plebes esse senatus cœperat? »

dans une vue politique, et pour affranchir le peuple de la dépendance ruineuse dans laquelle le plaçait l'usage des *dons volontaires* envers les grands, que la LEX MUNERALIS avait été portée. Une réponse piquante du tribun Cincius, auteur de la Loi, peint bien sa pensée; elle est rapportée par Cicéron : « Que proposez-vous là, petit Cincius, *Cinciole*, lui di» sait dédaigneusement le patricien Caius Cento, le jour même » du plébiscite ; — que vous achetiez, Caius, si vous voulez » jouir, » répartit le tribun[2].

Lorsque le patronage politique s'affaiblit, la prohibition de la Loi ne pouvait plus recevoir la même application ; mais elle fut maintenue, en ce sens que nul ne pouvait recevoir, pour plaider une cause, ni argent, ni présents. Dans les premiers temps de l'Empire, la Loi était encore respectée ; Tacite rappelle les noms d'Asinus, de Messala, d'Arruntius, qui « tous étaient montés au faîte des honneurs, par » une vie sans reproche et une *éloquence désintéressée*[3]. »

Un grand scandale éclata sous l'empereur Claude : un Chevalier romain, après avoir donné 400,000 sesterces (84,000 fr.) à l'avocat Suilius, fut trahi par lui, et se perça de son épée dans la maison de l'infidèle défenseur. Les sénateurs, indignés, demandèrent l'exécution de l'antique loi Cincia; mais Claude permit que la question des honoraires fût agitée devant lui ; et les adversaires de la loi Cincia opposèrent que « l'institution des avocats avait pour but d'empêcher » que le faible ne fût opprimé par le puissant; mais que l'é» loquence ne s'acquérait pas gratuitement; que l'orateur né-

2 .....Ut Cincius quo die legem de donis et muneribus tulit, quum C. Cento prodiisset, et satis contumeliose, « quid fers, Cinciole? quæsisset : ut emas, inquit, Cai, si uti velis. » (*Cic., de Orat.*, II. 71.) —Selon Ernesti, C. Cento était de la GENS CLAUDIA (*Index historicus.*)

3 Ad summa provectos incorrupta vita et facundia. (*Tacit., Ann.*, XI. 6, *Trad. de M. Burnouf.*)

» gligeait ses affaires pendant qu'il se dévouait à celles d'au-» trui; que le guerrier vivait de son épée, le laboureur de sa « charrue; que nul n'entrait dans une carrière sans en pré-» voir les fruits; que l'on devait songer au peuple, d'ail-» leurs, dont les membres pouvaient briller par la toge : » en supprimant la récompense, on éteignait les talents[4]. » — Le prince trouva que ces raisons n'étaient pas sans fondement. « Il fixa des bornes aux honoraires, et permit de re-» cevoir jusqu'à 10,000 sesterces (2,100 fr.), au-delà des-» quels l'avocat serait coupable de concussion[5]. » — La loi Cincia fut donc abrogée implicitement, ou modifiée à l'égard des honoraires offerts aux orateurs. Trajan fit de vains efforts pour la ranimer[6]. La règle s'établit sous les Antonins que le juge fixerait les honoraires des avocats, selon la nature du procès, l'éloquence de l'orateur, la coutume du barreau et du tribunal, pourvu que la somme ne dépassât point le taux légitime; et le maximum légal fut de cent écus d'or, à peu près celui déterminé par Claude[7]. L'avocat pouvait réclamer ses honoraires en vertu d'un pacte, pourvu que ce pacte fût *postérieur* à la plaidoirie de la cause. — Mais le jurisconsulte, le professeur en droit étaient placés, au point de vue moral, dans une région supérieure à l'avocat plaidant. « La sagesse civile est trop sainte, dit Ulpien, pour devoir être estimée à prix d'argent, ou exposée à la honte d'un jugement d'honoraires; » et il établit alors cette règle de délicatesse, qui devrait servir de guide aux jurisconsultes et

4 Cogitaret plebem, quæ toga enitesceret. Sublatis studiorum pretiis, etiam studia peritura. (*Tacit.*, XI. 7, et XIII. 42.)

5 Tacite, XI. 7. Capiendis pecuniis posuit modum.

6 Plin., Epist. V., ult.

7 D., L. 13. §§ 10. 11. 12. (*Ulp.*) Usque ad *centum aureos* (2,498 fr.) Sous les Antonins, l'*aureus* valait 24 fr. 93 c. (*M. De la Malle, Econ. pol. des Rom.*, t. I. p. 450.) Les Romains, dans leurs indications, prenaient toujours le *chiffre rond*.

même aux avocats de tous les temps : « Certaines choses peuvent se recevoir honnêtement qui ne peuvent se demander sans indélicatesse : QUÆDAM ENIM TAMETSI HONESTE ACCIPIANTUR, INHONESTE TAMEN PETUNTUR 8. »

Ainsi, la Loi Cincia avait un objet politique, en ce qui concernait les relations des patriciens et des plébéiens, et un but moral, en ce qui concernait les relations des orateurs et des clients. Elle n'a eu sa complète application que pendant la durée de la République et les premières années de l'Empire; mais l'esprit de l'antique prohibition avait laissé, dans les mœurs des véritables jurisconsultes, un principe d'honneur et de désintéressement digne d'être recueilli par les âges postérieurs.

II. — Le second objet de la loi Cincia, relatif aux donations entre vifs, était bien plus important sous le point de vue du droit privé, et n'était pas cependant étranger, selon notre opinion, à l'ordre politique.

Sous le Droit des XII Tables, les donations entre vifs, assujetties aux formes générales de l'aliénation à titre onéreux, ne connaissaient aucune limite de quotité. La loi Cincia restreignit la libre faculté de donner. Les restrictions, toutefois, n'existèrent point à l'égard de certaines personnes qui formaient une classe exceptionnelle ; classe très-vaste encore, car elle embrassait tous ceux avec lesquels le donateur avait des rapports de parenté paternelle ou maternelle, jusqu'au sixième degré, et des liens analogues à la parenté. Les restrictions de la loi Cincia ne regardaient que les personnes tout-à fait étrangères au donateur. — Sous ce rapport, elles protégeaient la famille contre des libéralités propres à déplacer les patrimoines; c'était une garantie pour la famille. Mais cette garantie ne contenait pas tout l'esprit de la loi Cincia. En effet, la Loi produisait en faveur du donateur une

8 D., L. 13. 1. § 5. (*Ulp.*)

exception perpétuelle. S'il avait payé la somme ou livré la chose donnée contre le vœu de la loi Cincia, il avait le droit de RÉPÉTITION; et non seulement le donateur pouvait répéter, mais tout citoyen pouvait agir, l'exception et l'action étant réputées populaires : ETIAM QUIVIS, dit Ulpien dans les fragments du Vatican, QUASI POPULARIS SIT EXCEPTIO[9]. — D'où vient ce caractère d'action quasi-publique? Ce n'est pas du rapport de la loi avec la garantie de la famille, car il aurait suffi de donner l'action aux membres de la famille, aux successibles du donateur. Mais rappelons-nous que la loi Cincia avait déjà un but politique, celui de prémunir les clients, c'est-à-dire les plébéiens, contre l'influence abusive des patrons et des sénateurs. Il se peut donc que, tout en se proposant, dans la seconde partie de la Loi, un objet concernant l'intérêt privé de chaque famille, le tribun Cincius y mêlat une pensée d'un ordre différent. — Cette loi était un Plébiscite. En l'an 550, la lutte de l'aristocratie et de la démocratie n'était certainement pas terminée, car la loi Cincia précédait de soixante-dix ans les lois de Tiberius et de Caius Gracchus. La pensée politique du tribun pouvait être d'empêcher les patriciens, les citoyens riches, de faire passer, par leurs largesses intéressées, des clients, des citoyens pauvres, mais considérés, des centuries d'une classe inférieure dans une classe supérieure, où ils pouvaient avoir une part plus efficace aux votes des comices, aux élections des magistrats, aux jugements en matière capitale, et s'unir plus étroitement aux intérêts de l'aristocratie. On sait qu'une des conditions attachées au patronage était que les clients devaient appuyer les patrons de leurs suffrages dans les comices[10]. A Rome, tout se réduisait aux comices et à l'action qui s'exerçait sur les

9 Frag Vat., § 266.
10 *Suprà*, chap. IV. sect. 1. p. 56.

suffrages. Les lois Calpurnia et Tullia, *de ambitu*, ont eu successivement pour but d'arrêter les scandales; la loi Cincia, antérieure de deux siècles, voulait prévenir une influence qui avait quelque chose d'honorable, et qui ne pouvait être réprimée comme un délit. Dans les gouvernements libres, on voit souvent les riches chercher, à l'aide de leur fortune, à augmenter le nombre des électeurs à l'appui de leur opinion ou de leur candidature [11]. — Ce qui prouve donc, en premier lieu, que la restriction de la loi Cincia était apportée non seulement dans l'intérêt des familles, mais dans un intérêt politique, c'est le caractère imprimé à l'exception perpétuelle de la Loi, qui devenait une sorte d'*action publique* en restitution.

Une seconde preuve se tire du changement qui s'opérait au décès du donateur. L'exception perpétuelle, transformée en droit de *répétition*, ne passait point à l'héritier, si le donateur avait persévéré dans sa volonté jusqu'à son décès. La persévérance de volonté purgeait le vice de fraude à la loi Cincia, ou, comme disait Papinien, la persévérance de volonté périmait l'exception [12]. L'intérêt de la famille, cependant, n'en était pas moins blessé, puisque la chose jugée lui était enlevée. Mais, d'une part, la donation entre vifs se trouvait transformée, par la persévérance du donateur, en donation à cause de mort; et, d'autre part, l'intérêt politique du donateur ne pouvait plus exister : en politique et en matière de suffrage, la mort termine tout, *Mors omnia solvit.*

Une troisième preuve, à l'appui de notre opinion, nous

11 Les exemples, en Angleterre, sont nombreux, nous en avons même en France. La restriction apportée tout récemment, chez nous, à la faculté de transporter son domicile politique dans un autre arrondissement a eu pour l'un de ses motifs l'abus qui pouvait se faire des acquisitions collectives, par lesquelles des hommes riches se feraient suivre d'électeurs dévoués à leur candidature.

12 Frag. Vat., §§ 294. 312. Doli replicatione perimit.

est fournie par les dispositions de la loi Cincia relatives aux donations des terres situées dans les provinces. Les Romains avaient de grandes possessions dans l'Italie du nord, en Sicile, en Sardaigne, en Grèce, en Asie, au temps de la loi Cincia; Caton redoutait déjà cette fortune de Rome, qui agrandissait son empire et qui la mettait en possession *de royales richesses* [13]. La loi Cincia n'apportait aucune restriction aux donations de terres situées dans les provinces; les fonds du territoire romain ou du Latium, qui seuls constituaient, parmi les propriétés immobilières, des *res mancipi*, seuls étaient frappés par la restriction, et ne pouvaient être donnés aux personnes non exceptées, que dans la limite de quotité fixée par la loi Cincia. Pourquoi les terres provinciales ou tributaires, *non mancipi*, pouvaient-elles être données ainsi sans aucune restriction? L'intérêt de la famille avait à en souffrir, cela est certain; mais l'intérêt politique n'y était nullement engagé. En effet, les terres de l'*ager romanus* et du Latium figuraient seules dans le cens du citoyen, au temps de la loi Cincia et même de Cicéron; — les terres provinciales, au contraire, n'étaient pas portées au cens, et ne servaient point au taux des Centuries[14]. Voilà pourquoi, à notre avis, les donations des premières étaient très-limitées, et les donations des dernières étaient illimitées. L'intérêt politique, qui concourait fortement à établir la restriction de la loi Cincia, venant à cesser, la prohibition de donner cessait elle-même : *Cessante causa, cessat effectus.*

Cette différence entre les donations des terres de propriété

13 Hæc ego, quo melior lætiorque in dies fortuna reipublicæ est, imperiumque crescit, et jam in Græciam Asiamque transcendimus, omnibus libidinum illecebris repeletas, et regias etiam attrectamus gazas, eo plus horreo, ne illæ magis res nos ceperint, quam nos illas. (Tit. XXXIV. 4.)

14 Cic., pro Flacco, cap. XXXII : Sunt-ne prædia Censui censendo, habeant jus civile. (*Supra*, p. 193.)

romaine et des terres de propriété provinciale était si profondément établie dans l'esprit de la loi Cincia, qu'elle s'est maintenue tant que la différence entre le sol italique et le sol provincial a été conservée réellement dans le droit civil de l'Empire. Les fragments du Vatican nous ont transmis un texte de Dioclétien, de l'an 293, qui porte que dans la donation d'une *chose tributaire*, on ne fait, d'après la loi Cincia, aucune différence entre les personnes exceptées et les personnes non exceptées[15].

Ce texte démontre en même temps et la persistance de la loi Cincia en ce qui concerne l'Italie, et l'absence de sa prohibition dans le Droit provincial. Il en résulte ce point important, qui reparaîtra dans l'histoire du droit coutumier, savoir, que les donations entre vifs, même de biens immeubles, étaient regardées comme libres et illimitées dans le droit romain des provinces. L'empereur Alex. Sévère, voyant l'abus possible, étendit en certains cas aux donations entre vifs la plainte d'inefficiosité[16].

Plusieurs travaux ont été faits sur la loi Cincia dans l'ancienne et la nouvelle École, mais surtout au point de vue du Droit privé.

L'ancienne école avait principalement le Commentaire de BRUMMER, AD LEGEM CINCIAM [1668].—Le Trésor de Meermann, tome VI, p. 645 et suiv. *de donationibus*, renferme des documents sur le même sujet, ainsi que la Jurisprudence antéjustinienne de Schulting, p. 581.

La nouvelle école, dans la savante Allemagne, a produit plusieurs travaux depuis la découverte des fragments du Va-

15 In donatione *rei tributariæ* circa exceptam et non exceptam personam legis Cinciæ nulla differentia est. (*Frag. Vatic.*, § 293.)

16 D., XXXI. 1. 87. § 3. (*Paul.*) : *Ratio deposcit*, id, quod donatum est pro dimidia parte revocari.

tican [1821]. On doit citer, entre autres écrivains : RUDORFF, DE LEGE CINCIA (Berlin, 1825); — KLINKAMMER, DE DONAT. EX FRAG. VAT. [Amsterd., 1826]. — BRUNS, quid conferant Frag. Vat ad melius cognosc. Jus Romanum. [Tubing, 1838.]

MM. SAVIGNY, WARNCHOENIG, MULHEMBRUCH, MAREZOLL, ont résumé les résultats de leurs travaux sur la loi Cincia, le premier dans un commentaire qui a servi de guide aux autres (recueil intitulé *Zeitschrist*, tome IV); le deuxième dans ses *Institutiones Juris romani privati* (§ 951); le troisième dans sa *Doctrina Pandectarum* (III-10, §§ 417-442), et ses Annotatións aux Antiq. d'Heinecc. (II-7, § 12, p. 396); le quatrième dans son *Droit privé des Romains*, traduit par M. Pellat (liv. III, § 127).

Nous présentons sur le caractère politique de la loi Cincia des idées qui sont exprimées pour la première fois. Nous croyons avoir prouvé que les restrictions du Plébiscite à l'égard des donations entre vifs, ne peuvent s'expliquer par la seule raison du droit privé; qu'elles touchaient à des intérêts de l'ordre politique, et qu'en l'absence de cet esprit de la Loi, on ne peut se rendre un compte suffisant des dispositions fondamentales. — Les *Doctes* prononceront.

# APPENDICE IV.

## TRANSFORMATION DES MONNAIES ROMAINES ET DE L'UNITÉ MONÉTAIRE. — RAPPORT ENTRE LES DIFFÉRENTES UNITÉS, SOUS LA RÉPUBLIQUE.

---

(Voir chap. I. sect. I. p. 14. not. 22-23. — chap. V. sect. II. p. 234. not. 43. — p. 243. not. 63.)

---

Dans plusieurs parties de cet ouvrage, nous avons été obligé de mentionner les monnaies romaines, et d'indiquer des rapports de valeurs. Pour éclaircir par une vue d'ensemble cette matière obscure, nous allons marquer ici les époques successives de la révolution des monnaies, révolution qui n'a pas d'abord changé les dénominations employées dans la langue des lois. Les documents fournis par Varron, et surtout un passage de Pline (Histoire naturelle, liv. XXXIII, chap. 3), sont la base de notre exposé. De nos jours, MM. Letronne et De la Malle ont jeté sur ce sujet une lumière nouvelle qui nous a aussi servi de guide.

### § 1. — Monnaie de cuivre.

I. — Avant Servius Tullius, il n'y avait pas de monnaie frappée; on se servait de l'*æs rude* et de la balance pour le peser : d'où est venue la forme de la mancipation *per æs et libram*. Sous le règne de Servius, l'AS fut frappé d'une empreinte représentant une tête de bétail, *nota pecudum* : d'où

*pecunia*. L'as était de cuivre, d'airain ou de bronze, et pesait la Livre romaine de douze onces. Il avait, comme monnaie, sa valeur intrinsèque ou sa valeur-poids d'une livre d'airain; la valeur intrinsèque et la valeur représentative étaient alors en parfait accord. As, ÆS, ASSIS, sont synonymes sous la Loi des XII Tables; de même LIBRALIS ASSIS OU LIBRA : AS ERAT LIBRA PONDUS, dit Varron, V, § 169. — L'as originaire, ou la livre de douze onces de poids, était donc l'unité monétaire dans cette première époque[1].

Du reste, pour le besoin de la circulation, on avait frappé des monnaies inférieures de trois onces ou du QUART de l'AS, qui étaient appelées TRIUMCIUS, TRIUMCII, de *tribus unciis* (Varron et Pline).

II. — Pendant la première guerre punique [488-512], l'as originaire fut diminué de son poids et de sa valeur intrinsèque. La diminution décrétée par le Sénat était de dix onces ou des cinq sixièmes : « *Constitutum ut asses sextantario pondere ferirentur.* » Ainsi la République, avec UN as ancien, en frappa SIX nouveaux, et gagna, par conséquent, les cinq sixièmes sur la valeur des monnaies, afin d'acquitter ses dettes : *Ità quinque partes factæ lucri, dissolutumque æs alienum* (Pline). L'as pesant deux onces eut la valeur représentative de l'as originaire de douze onces. La valeur *représentative* était donc alors bien différente de la *valeur intrinsèque* : ce fut une grande révolution dans le signe monétaire. L'empreinte de la République faisait la valeur. L'as nouveau fut frappé d'une tête de Janus et d'une proue de navire *(rostrum)*, emblême significatif du passé et de l'avenir de Rome.

Pour faciliter la circulation monétaire, on frappa aussi des

1 Voir *supra*, p. 153, ce que nous disons de l'AS considéré comme l'entier, par rapport à *l'as héréditaire et usuraire*.

monnaies appelées TRIENS et QUADRANS, et qui représentaient le TIERS et le QUART de la valeur nominale de l'as.

Annibal pressant l'Italie de toutes parts, on réduisit le poids de l'as à une once, pendant la seconde guerre punique, sous la dictature de Fabius Maximus. L'as, ainsi réduit, conservait toujours sa valeur primitive et nominale de livre de douze onces : la République gagna, cette fois, la moitié pour payer ses dettes et faire face aux circonstances, *dimidium lucrata est.* — Bientôt, par une loi Papyria, dont la date précise est inconnue, et qui est reportée, par M. Letronne, à l'année 562, époque de la guerre d'Antiochus, on fit frapper des as qui n'avaient de poids qu'une demi-once (*Mox lege Papiria semunciales asses facti*)[2].

Voilà pour la monnaie de cuivre : c'est toujours l'as primitif pour la valeur représentative; mais la valeur intrinsèque a changé de la livre, ou de l'entier, au vingt-quatrième.

### § 2. — Monnaie d'argent.

I. — Les Romains, d'après le témoignage de Pline, ne commencèrent à faire frapper des monnaies d'argent qu'après la défaite de Pyrrhus et la soumission des Tarentins, en 484. Le denier d'argent, *Denarius*, valut d'abord dix as de cuivre; et des monnaies de subdivision s'y rattachèrent : on frappa le *Quinarius*, valant cinq as, ou la *moitié* du denier,

2 Pline, XXXIII. 3. — M. Bœckh, en Allemagne, fixe la date à l'an 669, et attribue la loi à Papirius Carbo. (ECON. POL.) — En Italie, le comte Borghesi, savant numismatiste, et, en France, M. De la Malle, reportent la loi à l'époque de la guerre sociale et l'attribuent aussi à Papirius Carbo, tribun du peuple en 665. (ECON. POL. DES ROM., M. De la Malle, I, p. 83.) Il me semble qu'alors on avait peu d'intérêt à frapper des *asses semunciales*. — Le MOX de Pline s'accorde mieux avec la date de 562.

et le Sesterce, valant deux as et demi. *Sestertius* vient, selon Varron (v. § 173), de *semis tertius*, comme si l'on disait demi-troisième as ; le sesterce représentait le *quart* du denier d'argent.

II. — Pendant la deuxième guerre punique, sous la dictature de Q. Fabius Maximus [an. 537], on établit que le denier d'argent vaudrait seize as au lieu de dix (sauf pour la paie des soldats, *in militari stipendio*) ; que le quinaire vaudrait huit as, et le sesterce quatre as. C'était un nouveau gain que la République faisait sur la monnaie d'argent, après avoir gagné, plusieurs fois déjà, sur la monnaie de cuivre. Cette mesure produisit un grave résultat : c'est que l'unité monétaire d'argent ne fut pas d'accord, quant à ses parties élémentaires, avec l'ancienne unité monétaire de cuivre : elle n'eut pas douze parties comme celle-ci, elle en eut seize ; et ce changement se faisant à l'époque même où l'as était réduit à l'état réel d'une once, on put dire que le denier, unité monétaire d'argent, représentait également seize as ou seize onces ; confusion qui associa à l'idée d'unité celle de variation dans le nombre des parties constitutives ; confusion qui s'étendit à l'unité de poids, et fit admettre, à côté de la livre romaine de douze onces, des variétés de livres de quatorze et de seize onces [3].

Au surplus, le Sesterce, valant quatre as, conserva toujours son rapport primitif de quotité ou son rapport du quart avec le denier; le sesterce, à l'égard de l'unité monétaire d'argent, avant et depuis Fabius Maximus, est toujours comme le *quadrans* à l'égard de l'unité monétaire de Servius Tullius. — Le sesterce n'était pas la plus petite monnaie d'argent ; il y eut des subdivisions, et notamment la *libella*, qui

3 Le Cod. Théod., x. 19. 4 de *Metallis*, mentionne la livre de quatorze onces, qui devint dans les Gaules la livre de Lyon.

était, d'abord, la dixième partie du denier d'argent, et qui valait la livre, poids d'airain[4]. Mais, dans l'usage et dans la langue des jurisconsultes, le Sesterce devint comme l'unité élémentaire pour l'évaluation des fortunes ou des sommes, et finit par remplacer l'as. Le sesterce a varié dans sa valeur : — vers l'an 485, il valut 41 centimes de notre monnaie; — de l'an 513 à l'an 707, il valut 19 centimes (selon la douzième table de conversion de M. De la Malle); aprèsl'an 707, il valut 21 centimes.

L'*as* alors, quart du sesterce, ne valait plus que 5 centimes 1/4, mais comme l'as avait varié de l'entier au vingt-quatrième, il s'ensuit que l'as de poids, l'ÆS GRAVE, ancienne monnaie romaine, aurait alors représenté, selon notre monnaie, 1 franc 26 centimes, ou la valeur de six sesterces, sous l'Empire; par conséquent les 100,000 AS formant le taux de la 1re Classe, d'après la distribution de Servius Tullius, auraient valu 600,000 sesterces de l'Empire, ou 126,000 francs de notre monnaie. — On ne doit pas confondre le *sestertius*, monnaie réelle que nous venons d'évaluer, et le *sestertium*, monnaie fictive ou de compte, qui valait mille *sestertii*.

§ 3. — Monnaie d'or.

D'après le témoignage de Pline, c'est soixante-deux ans après la fabrication, à Rome, de la monnaie d'argent, et par conséquent en 546, que la monnaie d'or fut frappée au type romain. L'or, avant cette époque, était en lingots dans le commerce.

Le scrupule d'or, qui était la 24e partie de l'once, de poids, et la 288e partie de la livre, valait 4 deniers ou 16 ses-

4 Nummi denarii decuma *libella*, quod libram pondo æris valebat et erat ex argento parva. (*Varro.*, L. L. V. § 173.)

terces (Pline, xix—4); mais la République, en frappant de la monnaie d'or, tailla les *aurei* dans la livre d'or et les frappa de manière à ce que le scrupule d'or valût dans la circulation 20 sesterces, ou 5 deniers d'argent; ce qui lui donna un bénéfice réel de 288 deniers par livre d'or, ou 1152 sesterces, que Pline réduit à 900, comme bénéfice net, selon l'observation due à la sagacité de M. Letronne[5]. — L'aureus subit quelques variations. Sous Jules César, depuis l'an 707, où l'on tailla 40 aurei dans la livre d'or; l'aureus valut 27 francs 95 centimes de notre monnaie; sous Auguste, 26 francs 89 centimes; sous les Antonins, 24 francs 93 centimes. L'*aureus*, comparé aux sesterces, était l'unité comparée à la centaine : 1 aureus valait 100 *sestertii*, et 10 *aurei* valaient un *sestertium*; les 100 *aurei*, dont Ulpien parle au Digeste (L. 13. 1. § 12.) équivalaient aux *dena sestertia*, dont parle Tacite (Annales, xi—7.), à l'occasion des honoraires déterminés par Claude.

Malgré la transformation des monnaies et des valeurs, le mot ÆS continua de signifier la monnaie en général : AUREOS NUMMOS ÆS DICIMUS, dit Ulpien ; et quand on voulait parler des anciennes valeurs ou chercher leur rapport avec les valeurs nouvelles, on revenait toujours à l'ÆS de poids, ÆS GRAVE[6].

5 Pline, XXXIII. 3. — M. Letronne, Considérations générales sur les monnaies grecques et romaines. — M. Dureau de la Malle, Économie politique des Romains, I. p. 87, et Tables de conversion, XIII. XIV. Le *solidus* de Constantin, *le sou d'or*, valut 15 francs 53 centimes et puis 15 francs 10 centimes.

6 Tit. Liv., IV. 41 et 60.—V. 12. Senec. *de Benef.*, V. 14 : Æs alienum habere dicitur et qui aureos debet.... — *Natural Quæst...* I. 17 : An tu existimas, ex auro nitidum habuisse Scipionis filias speculum, cum illis dos fuisset ÆS GRAVE?

FIN DE L'APPENDICE.

# TABLE DES MATIÈRES.

## TOME I.

## INTRODUCTION.

NÉCESSITÉ DE L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN ET DE L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS POUR L'INTELLIGENCE DU DROIT CIVIL MODERNE.
PLAN, MÉTHODE ET BUT GÉNÉRAL DE L'OUVRAGE.

## LIVRE Ier. — ÉPOQUE ROMAINE

### OU DROIT CIVIL DE ROME.

Pages.

(1) C'est par erreur d'impression que ce § 6 a été indiqué à la page 169 comme simple n° VI , sans titre explicite : le sommaire contient (p. 133) l'indication exacte.

(1) A la page 306, au lieu du chiffre II, il faut lire III.

Pages.

Pages.

# TABLE DES APPENDICES.

FIN DE LA TABLE.

# ERRATA.

| | | | |
|---|---|---|---|
| Page | 12........ | ligne | 8, après... et si même ..., ajoutez *depuis*. |
| | 45........ | | 25, au lieu de... Bouchaud, qui... supprimez *la virgule*. |
| | 67........ | | 14, au lieu de... concenter, lisez : *concentrer*. |
| | 70........ | | 19, au lieu de... comices par curie, lisez : par *curies*. |
| | 207........ | | 10, au lieu de... siciliense, lisez : *siciliensi*. |
| | 235........ | | 5, au lieu de... inférieur aux tiers, lisez : *au tiers*. |
| | 241........ | | 3, au lieu de... obligatton, lisez : *obligation*. |

RENNES, IMPRIMERIE DE A. MARTEVILLE ET LEFAS.

